Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Erste Abtheilung.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph Ihering,

Geh. Justizrathe u. ordentl. Professor der Rechte in Gießen.

Zweiter Theil.

Erste Abtheilung.

Zweite, verbesserte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1866.

LIBRARY
NOV 17 1975
UNIVERSITY OF TORONTO

K
J5973
G3
1566
v.2
pt.1

Inhalt des zweiten Theils.

Erste Abtheilung.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

§. 22. Einleitung. S. 1—7.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

§. 23. Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts. S. 8—19.

II. Die Grundtriebe des Rechts.

I. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

§. 24. Die praktische Selbständigkeit des Rechts — die beiden Extreme. S. 19—23.

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

§. 25. Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte). S. 24—45.

2. Die innerliche Selbständigkeit des Rechts.

§. 26. Ausscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral. S. 45—58.

3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

§. 27. Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölftafeln — Gründe dieser Erscheinung. — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio. S. 58—63.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

§. 28. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und Verwaltung zur Justiz. S. 63—80.

II. Der Gleichheitstrieb.

§. 29. Factische und rechtliche Gleichheit — das Generalisirungssystem — Rechtliche Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht. S. 81—114.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

§. 30. I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen. S. 115—125.

II. Das römische System.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

§. 31. Die römische Herrschsucht im Allgemeinen — die politische und persönliche Freiheit — die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective

Gebundenheit des Subjects. Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen. S. 125—147.

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

§. 32. Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben. — S. 148—183.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

§. 32a. Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte. S. 183—204.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Institute eine Schranke der subjectiven Autonomie.

§. 33. Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben im römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten). S. 204—218.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

§. 34. Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklav der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats. S. 219—244.

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

§. 35. Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — die Machtstellung der römischen Magistrate — die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur. S. 244—276.

C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

§. 36. Die Abstraction des Freiheitsbegriffes als Entdeckung des Privatrechts — die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben — die Productivität der autonomischen Bewegung des Verkehrs. — Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt. S. 277—291.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

Einleitung.

XXII. Die Aufgabe des vorliegenden Buchs besteht in der Charakteristik des spezifisch römischen oder strengen Rechtssystems (jus strictum).[1] Wie gelangen wir zu diesem System? Es ist zu dem Zweck fast durchgehends eine künstliche Scheidung nöthig, eine Anwendung jener Methode, die wir in der Einleitung angegeben und zu rechtfertigen versucht haben, und deren Rechtfertigung also hier nicht mehr zur Frage steht. Aus dem, was sicher und unzweifelhaft der alten oder der neuen Zeit angehört, suchen wir den verschiedenen Baustyl beider Zeiten kennen zu lernen, und nach diesem Baustyl bestimmen wir dann die Stücke, hinsichtlich deren eine solche äußere Gewißheit nicht besteht.

Es ist ein gewaltiges Gebäude, das wir vor uns haben; wir wissen, daß es zu zwei verschiedenen Zeiten aufgeführt wurde, und es kömmt darauf an, den ursprünglichen Bau — die feste Burg des strictum jus — unter dem modernen Ueberbau herauszufinden. Ist auch mancher Theil desselben völlig verändert, niedergerissen, in Trümmer zerfallen: überall ragt doch noch das unverwüstliche Mauerwerk der alten Zeit hervor,

1) Ueber diesen Ausdruck und die Bedeutung desselben im Munde der späteren römischen Juristen s. die Stellen bei Dirksen Manuale. Sie bezeichnen mit ihm den Gegensatz des neuern freieren, milderen, elastischeren Rechts zu dem ältern beschränktern, starren, strengen Recht.

und macht es uns möglich, den Baustyl und den Plan des ursprünglichen Baus zu erkennen.

Eine feste Burg haben wir das alte Recht genannt, und dieser Vergleich mag geeignet sein, den Eindruck zu bezeichnen, den es hervorruft. Eckig und steif, eng und niedrig wie in den Burgen des Mittelalters erscheinen uns die Räume, die wir dort antreffen, aber um so fester und dauerhafter ist das Mauerwerk; was an Bequemlichkeit abging, ersetzte die Sicherheit. Und wie in jenen Burgen umfängt uns hier der Geist einer Achtung gebietenden Vergangenheit, die Erinnerung eines kernigen Geschlechts, wilder, gewaltiger Kraft; die Geschichte selbst wird uns hier erst recht lebendig und verständlich.

Der allmählige Ausbau jenes Systems, das Vordringen desselben bis zu seinen äußersten Consequenzen hat sich über mehrere Jahrhunderte hingezogen, und manche dieser Consequenzen mögen erst in der folgenden Periode ins Bewußtsein getreten sein, wie umgekehrt die Vorboten und Anfänge des folgenden Systems schon in diese Periode fallen. Wenn ich *jene* dem gegenwärtigen System vindicire, *diese* dagegen dem dritten überweise, so habe ich mich darüber schon in der Einleitung bei Gelegenheit der Bedeutung des chronologischen Moments (§. 5) zur Genüge ausgesprochen. Von dem prätorischen Recht und dem jus gentium wird daher in diesem zweiten Buch überall noch nicht die Rede sein, obschon es für unzweifelhaft gelten kann, daß die Entwicklung beider nicht erst beginnt, nachdem die des alten Civilrechts völlig beschlossen war. Nur in negativer Richtung werden wir im zweiten Abschnitt Gelegenheit haben, die Institute des jus gentium zu berühren, nämlich um den Nachweis zu führen, daß sie der Blüthezeit des alten jus civile fremd waren.

Nach welchen innern Kriterien ich das, was ich dem ältern System vindicire, bestimme, letzteres selbst stofflich abgränze, darüber kann ich zur Zeit noch keine Antwort geben; ich müßte zu dem Zweck vieles anticipiren, was nur im Zusammenhange des Systems seine Rechtfertigung finden kann.

Was die chronologische Abgränzung des Systems anbetrifft, so habe ich bereits im §. 6 angegeben, daß ich die Bildung desselben in die zweite Hälfte der Königszeit verlege, die Blüthezeit desselben in das vierte bis sechste Jahrhundert der Stadt, die ersten Anfänge aber einer neuen freieren Rechtsbildung in das siebente Jahrhundert. Der Zeit nach wird also unsere Darstellung von jetzt an vorzugsweise in der Glanzperiode der römischen Republik verweilen, ohne daß wir aber, wie bereits bemerkt, auf eine stoffliche Ergänzung des Systems vermittelst eines uns erst durch die spätere Zeit gebotenen Materials Verzicht leisten werden.

Daß wir fortan unsere Aufmerksamkeit vorzugsweise dem Privatrecht zuwenden, darüber wird schwerlich ein Kundiger mit uns rechten. Es ist nicht bloß die besondere Beziehung desselben zur modernen Welt, die uns dazu veranlaßt, sondern der Vorsprung, den das Privatrecht und der mit ihm in engster Verbindung stehende Prozeß vor den übrigen Theilen des Rechts gewann, bringt dies von selbst mit sich. Dieser Vorsprung besteht Theils darin, daß dieser Theil des Rechts sich weit mehr objectivirt, abgelagert hat (§. 24), Theils darin, daß er in ungleich höherem Maße einer wissenschaftlichen Ausbildung theilhaftig geworden ist. Man ist gewohnt, die Entstehung der eigentlichen römischen Rechtswissenschaft erst in die folgende Periode zu setzen, ich hoffe aber nachweisen zu können, daß dies einer der größten rechtshistorischen Irrthümer ist, und ich nehme keinen Anstand zu gestehen, daß die ältere Jurisprudenz, je tiefer ich in ihren wunderbaren Bau eingedrungen bin, mir eine um so höhere Bewunderung abgenöthigt hat, eine Bewunderung, der meine überkommene Verehrung vor der neueren Jurisprudenz Mühe hat das Gleichgewicht zu halten. Letztere steht unserm heutigen wissenschaftlichen Bewußtsein und Studium näher, und daher rührt es, daß ihr die Anerkennung in so reichem Maße zuströmt, während das Verdienst der frühern Zeit, die, wenn ich so sagen darf, die Dogmatik des Rechts erst aus dem Groben herausarbeiten mußte,

weniger in die Augen springt. Und doch war es diese Arbeit, die über den Werth des römischen Rechts eigentlich entschied, und der die spätere Wissenschaft den soliden, festen Unterbau verdankte, auf dem sie nur weiter fortbaute. Ich hebe dies schon an dieser Stelle mit besonderm Nachdruck hervor, weil ich von vornherein der Meinung vorbeugen möchte, als verdanke das römische Recht seine Größe der spätern römischen Rechtswissenschaft, als beginne also auch die Glanzperiode der römischen Rechtsgeschichte erst mit unserm dritten System. Sie beginnt schon jetzt, und erheischte es auch nicht die historische Gründlichkeit, dem ältern Recht die gebührende Beachtung zuzuwenden: der innere Werth desselben, sein eigner geistiger Gehalt würde sie ihm sichern; es ist ein Gegenstand von einer wissenschaftlichen Anziehungskraft, wie ich innerhalb der ganzen Jurisprudenz keinen zweiten kenne.

Das vorliegende Buch zerfällt in zwei Abschnitte:

I. Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

Es sollen in diesem Abschnitt die allgemeinen Charakterzüge und leitenden Gedanken des ältern Rechts entwickelt werden, und zwar wenden wir uns

1) der Außenseite der Rechtswelt zu, machen uns also zuerst mit der äußern Erscheinung des Rechts vertraut (Oeffentlichkeit — Plastik). Das innere Wesen des Rechts erschließt sich uns aber erst, wenn wir
2) die Grundtriebe desselben ins Auge fassen, d. h. die höchsten, allgemeinsten Tendenzen, die dasselbe verfolgt, die sich also als die Ziele und Ideale der römischen Rechtsanschauung bezeichnen lassen. Es sind dies 1) der Selbständigkeitstrieb des Rechts, 2) der Gleichheitstrieb, 3) der Macht- und Freiheitstrieb.

Während sie uns das Wollen des römischen Geistes auf dem Gebiete des Rechts bezeichnen, stellt uns

3) die auf die praktisch angemessene Realisirung dieser Ziele gerichtete juristische Technik das intellectuelle Können desselben dar. Es ist der Höhengrad der rationellen

Erfassung und Behandlung des Stoffes, den wir hier zu bestimmen haben, der Reichthum an Ideen und Mitteln, über den jene Technik gebietet, ihre Methode der Zersetzung und Scheidung des Stoffs — die juristische Analyse — und ihr Kleben an der Aeußerlichkeit (Materialismus, Wortinterpretation und Formalismus).

In concreterer Gestalt und in einem zusammenhängenden Bilde werden uns jene allgemeinen Ideen

II. in der Lehre von den Rechten im subjectiven Sinn wieder vor Augen treten. Sie zerfällt

1) in die Theorie des subjectiven Rechts, welche das Allgemeine dieser Lehre, und

2) in die Kritik der einzelnen Rechte, welche die ursprüngliche Gestalt derselben, soweit sich nicht bereits aus der früheren Darstellung hervorgeht, zum Gegenstand hat.[1a])

Der Verfall des gegenwärtigen Systems wird am Anfang des folgenden Buchs seine Stelle finden.

[1a]) Den in der ersten Auflage in Aussicht genommenen dritten Abschnitt: das Recht im Leben, habe ich ausfallen lassen, weil alles darauf Bezügliche besser gleich bei den einzelnen Verhältnissen mitgetheilt wird. Die in der erst. Aufl. angekündigte vierte Abtheilung des ersten Abschnitts: irreguläre Bildungen, schalte ich bei der Kritik der einzelnen Rechte ein.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts.

XXIII. Wir suchen uns zunächst des äußern Eindrucks bewußt zu werden, den das ältere Recht auf uns macht — bei dem großen Contrast, den dasselbe zu dem der heutigen Zeit bildet, eine nicht gerade schwierige Aufgabe. Für die heutige Zeit würde jener Gesichtspunkt kaum mehr als eine negative Ausbeute liefern, nämlich die, daß das Recht äußerlich gar nicht sichtbar hervortritt. Man könnte sagen, daß das Recht heutzutage seine Einwirkungen auf dynamischem Wege ausübt, in seiner Jugend aber auf mechanischem, d. h. durch sichtbare Vorrichtungen und Operationen. Wie die Wärme oder Electricität die Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit; es ist derselben völlig immanent, seine Bewegung und Wirksamkeit wird dem Auge nur selten sichtbar. Wie farblos ist in der Regel ein heutiges Rechtsgeschäft, wie wenig hat es einen festen, scharf abgegränzten Körper. Bald verliert es sich in einem Gespräch, ohne daß irgend ein äußerer Akt den Abschluß desselben signalisirt und das Rechtsgeschäft von dem sonstigen Inhalt der Unterhaltung abhebt, bald wird es unter Abwesenden auf brieflichem Wege abgeschlossen, bald sogar muß seine Existenz erst durch Schlußfolgerungen festgestellt werden.

Diese Unsichtbarkeit der Bewegungen und Operationen des heutigen Rechts, diese seine unplastische Natur[2], soll uns hier als Folie für das ältere römische Recht dienen, ohne daß wir im übrigen verkennen wollen, daß jene Eigenschaft, ähnlich wie der abstracte Charakter einer ausgebildeten Sprache eine höhere Bildungsstufe bezeichnet, als der plastische Charakter des Rechts und die bildliche, concrete Ausdrucksweise der Sprache sie involvirt. Aber gerade der Reiz der Jugendfrische, die sich darin ausprägt, hat etwas ungemein Anziehendes, und man darf diese Eigenschaft als einen Vorzug der Jugend anerkennen, ohne darum gegen das Alter, mit dem sie sich einmal nicht verträgt, ungerecht zu sein.

Der physiognomische Ausdruck des ältern römischen Rechts, den wir jetzt wieder zu geben versuchen, ist der Ausdruck der Jugend des Rechts und wiederholt sich bei allen Rechten auf derselben Altersstufe. Er äußert sich namentlich in der Oeffentlichkeit des ganzen Lebens und in der Plastik der Formen, in denen letzteres sich bewegt.

Versetzen wir uns in die alte römische Rechtswelt, so ist das Erste, was uns in die Augen fällt, das helle Sonnenlicht der Oeffentlichkeit', das über sie ausgebreitet ist. Es zieht uns zuerst zum Forum hin, wo auf seinem Tribunal, unter freiem Himmel und unter den Augen des römischen Volks der Prätor Gerichtstag hält. Hier und nur hier arbeitet in älterer Zeit die Civiljustiz; daß der Prätor auch in seinem Hause und wo man ihn

2) Sie erstreckt sich auch auf den Prozeß. Der Kriminalprozeß hat freilich durch die bekannten Reformen der Gegenwart ein anderes Aeußere bekommen, aber auch er führte noch vor kurzer Zeit wie noch heutzutage der Civilprozeß eine bloß papierne Existenz. Auf dem Papiere begonnen, auf dem Papiere entschieden boten beide kein dramatisches Moment dar und traten sichtbar nur in ihren Wirkungen hervor. Man hätte der Justiz statt des Schwertes eine Feder zum Attribut geben mögen, denn einem Vogel waren die Federn kaum nöthiger, als ihr, nur daß sie bei ihr die entgegengesetzten Wirkungen hervorbrachten, die Schnelligkeit im umgekehrten Verhältniß zum Federn-Aufwand stand.

nst traf, angegangen werden durfte und Verfügungen erließ, kam erst in der spätern Zeit auf.[3]) Hier versammeln sich die Partheien, begleitet von ihren Freunden und rechtskundigen Beiständen. In eigner Person müssen sie erscheinen und ihre Anträge stellen, Stellvertretung oder gar schriftliche Verhandlung widerstrebt dem Geiste des ältern Rechts. Und zwar beide müssen sie erscheinen, damit der Prozeß den Anfang nehmen könne; stellt die Gegenparthei sich nicht, so mischt der Prätor sich nicht hinein, der Prozeß stockte. Bei dem Eigenthumsprozeß müssen sogar die Sachen selbst mitgebracht werden; sind sie unbewegliche, so verfügt der Prätor sich selbst mit den Partheien an Ort und Stelle. Ebenso müssen Personen und Sachen, über die vor Gericht (in jure cessio) eine rechtliche Disposition getroffen werden soll, zur Stelle geschafft werden. Den fernern Gang des Prozesses verfolgen wir nicht; was auch geschieht, erfolgt öffentlich, so z. B. die Vernehmung der Zeugen; auch der Eid darf nur unter freiem Himmel abgelegt werden, die angerufenen Götter müssen den Schwörenden sehen und hören.[3a]) Im Exekutionsverfahren zeigt sich schließlich die Oeffentlichkeit noch in der dreimaligen öffentlichen Ausstellung des Verurtheilten, berechnet darauf, die Thatsache seiner Verurtheilung zu Jedermanns Kunde zu bringen — eine Anfrage an das Volk, ob Niemand geneigt sei, ihn auszulösen. In einem noch höhern Grade beherrschte die Oeffentlichkeit das peinliche Verfahren. Wenn über dem Haupte eines Bürgers das blutige Schwert der Gerechtigkeit schwebt, so ist dies eine Nationalsache. Das ganze Volk wird entboten, um zu Gericht zu sitzen, die Anklage vorher veröffentlicht, so daß Jeder, der etwas von der Sache weiß, sei es zur Ueberführung des Angeklagten oder zu seiner Entlastung, sich melden kann. Der Angeschuldigte selbst geht frei einher und benutzt die Zeit im Interesse seiner Vertheidigung. Kein Kerker entzieht ihn der Oeffent-

3) Puchta Institutionen Bd. 2 §. 158.

3a) Varro de L. L. V. 66.

lichkeit, keine Scene des blutigen Dramas spielt bei verschlossenen Thüren. Der Tag der Entscheidung ist gekommen, das Volk, längst vorbereitet über die Sache, sitzt zu Gericht. Nie hat es eine majestätischere richterliche Versammlung gegeben, nie wohl eine Oeffentlichkeit, die für die Lüge so erdrückend, für die Wahrheit so erhebend wirken mußte, wie diese. Die Verhandlungen sind beendet, und es erfolgt die Abstimmung. Auch dieser Akt ist charakteristisch durch seine Oeffentlichkeit, d. h. er erfolgt mündlich; jeder hat den Muth, oder soll den Muth haben, seine Meinung frei zu gestehen. In späterer Zeit änderte sich dies; um der Unselbständigkeit der Stimmenden zu Hülfe zu kommen, ward in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts sowohl bei den Volksgerichten als bei andern Volksversammlungen die heimliche d. h. schriftliche Abstimmung (per tabellas) eingeführt.

Die Oeffentlichkeit des Rechtsverkehrs[4]) ist uns aus frühern Ausführungen schon größtentheils bekannt; ich erinnere an die Vornahme der öffentlich garantirten Geschäfte (§. 15) vor der Volksversammlung oder den fünf das Volk vertretenden Zeugen (mancipatio, nexum), an die Geschäfte vor dem Prätor und dem Censor (manumissio).[5]) Als besonders charakteristisch hebe ich die Oeffentlichkeit der Testamente hervor, die sich, als die Errichtung der Testamente in den Comitien abgekommen, in vermindertem Maße noch in dem mündlichen Mancipationstestament erhielt.[6]) Nirgends würde uns wohl die Oeffentlichkeit so am unrechten Orte und so hinderlich erscheinen, als bei den

4) Gneist (Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts S. 483—485) hat mit Recht auf den Gegensatz aufmerksam gemacht, den in dieser Beziehung das griechische Recht bildet, „dessen üblichste Form (Deponirung verschlossener Urkunden) offenbar darauf berechnet war, das Geschäft nöthigenfalls den Augen Dritter zu verbergen."

5) Als einzelnes Beispiel möge noch genannt sein die bei der Bürgschaft vorgeschriebene Oeffentlichkeit; s. Gajus III §. 123: praedicat palam et declaret et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.

6) Die Einführung schriftlicher Testamente, mittelst deren eine Verheim-

Testamenten, und in späterer Zeit war man aus guten Gründen in Rom derselben Ansicht. In der öffentlichen Errichtung der Testamente erblicke ich ebenso wie in der öffentlichen Abstimmung einen Beweis moralischer Selbständigkeit. Es liegt in der Natur letztwilliger Dispositionen, daß sie häufig die Ansprüche und Erwartungen, zu denen Verwandte und Freunde des Testators sich berechtigt halten, durchkreuzen, und wie sie den Einen zur Dankbarkeit verpflichten, so einen Andern verletzen. Die Sitte, derartige Bestimmungen öffentlich zu treffen, setzt also im allgemeinen einen gewissen moralischen Muth voraus, den Muth, dem Haß und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Personen zu trotzen. Das heimliche Testament ist das Palladium der Feigheit, in vielen Fällen sogar der Deckmantel und dadurch das Mittel des Betruges,[7]) eine Mine, Personen gelegt, die man in offener Weise nicht zu verletzen wagt, und die erst explodirt, wenn der Urheber selbst in Sicherheit ist und unter den Folgen

---

lichung des letzten Willens möglich ward, gehört meiner Ansicht nach der spätern Zeit an. Für diese Ansicht berufe ich mich hier nur auf die Herrschaft der Oeffentlichkeit in diesem System. Die tabulae des Testaments passen in die ältere Zeit ebensowenig, als die tabellae bei der Abstimmung in den Comitien. Eine weitere Begründung würde hier zu weit führen. Auf die Schriftlichkeit der Rechtsgeschäfte komme ich im dritten System.

7) Dieser Gesichtspunkt wird im Titel 16 §. 1 der Novellen Theodos II (Hänel Novellae constitutiones imperatorum etc. p. 61) ausdrücklich anerkannt. Die Compilatoren Justinians haben diesen Passus bei ihrem Auszuge in der l. 21 Cod. de test. (6. 23) weggelassen. Natura, heißt es dort, talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis quae sentiant confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed .... eo res processit, — ut dum sua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori, quam sua mentis arcana periculose patiatur exprimere. Theophilus (II 10 §. 1) nennt einen andern

nicht mehr zu leiden braucht. In der Kaiserzeit dienten sie oft in dieser Weise; ein in ostensibler Weise mündlich errichtetes Testament bedachte die Personen, deren Gunst man sich erwerben wollte, ein hinterher errichtetes schriftliches hob, ohne daß sie etwas davon erfuhren, das frühere wieder auf, und erst der Tod enthüllte den ihnen gespielten Betrug.[8])

Ich kann nicht unterlassen noch auf zwei Einrichtungen aufmerksam zu machen, die beide — nur in verschiedenen Sphären — dieselbe Bestimmung haben, nämlich die Censusrollen und die Hausbücher. Beide sind hervorgegangen aus dem großen Ordnungssinn der Römer und gehören insofern hierher, als die Censusrollen den Stand des Privatvermögens zur Kenntniß des Staats bringen, die Hausbücher aber dem Eigenthümer selbst und unter Umständen auch dritten Personen eine beständige Einsicht und Uebersicht seiner Vermögensverhältnisse gewähren sollen.[8a]) Solche Einrichtungen gedeihen nur bei allgemeiner Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit, sie setzen Vertrauen und Zuverlässigkeit voraus; wo diese Eigenschaften in der Masse fehlen, wo man Ursache hat, das Tageslicht zu scheuen, erfüllen sie

---

Grund, der unter Umständen eben so triftig sein konnte: die Besorgniß des Testators vor Lebensnachstellungen von Seiten der um ihre Einsetzung wissenden eingesetzten Personen. Die obige Erklärung ist von Lassalle, System der erworbenen Rechte II S. 150 verworfen und dafür der Gesichtspunkt „der organischen Function des Instituts im Volksgeist (?—!) substituirt.

8) Schon dem August wurde ein ähnlicher Streich gespielt wie Valerius Maximus lib. III c. 8 §. 6 mittheilt, woselbst noch mehrere derartige ächte Bubenstreiche berichtet werden. S. auch Petron. Sat. c. 71, et haec omnia publico ideo ut familia mea jam nunc sic me amet ut mortuum. c. 141.

8a) Beide scheinen in einer gewissen Verbindung gestanden zu haben, wenigstens äußert sich Livius VI. 27 und 31 in einer Weise, daß man annehmen muß, die Censusrollen hätten auch die ausstehenden Capitalien enthalten: fugere senatum testes tabulas publicas census cujusque, quia nolint conspici summam aeris alieni (27) und aes alienum, cujus noscendi causa censores facti (31).

nicht ihren Zweck. Für das System des Personalcredits[9]) haben sie ohne Zweifel eine große Bedeutung gehabt, und man darf gewiß in dem allmähligen äußerlichen und innerlichen Absterben beider Einrichtungen die vorzüglichsten Ursachen erblicken, denen das Realcredit-System seine in späterer Zeit immer mehr Ueberhand nehmende Bedeutung und entschiedene Präponderanz verdankt. Letzteres ist ebenso sehr wie die Heimlichkeit der Abstimmung und der Testamentserrichtung das Resultat der Angst und des Mißtrauens — ebenso sehr ein Zeichen der spätern Zeit, wie umgekehrt der Personalcredit mit seiner Publicität der Vermögensverhältnisse und die Oeffentlichkeit der Abstimmung und Testamentserrichtung ein Zeichen der frühern. Indem wir als allgemein bekannt voraussetzen, in welchem Grade die Oeffentlichkeit das ganze politische Leben der Römer durchdrang, machen wir schließlich nur noch darauf aufmerksam, wie diese Eigenschaft sich auch in den Verbrechen äußerte. Das ältere Rom kannte nicht die heimlichen Schurken und Verbrecher, gegen die das spätere sich zu wehren hatte, die Erbschleicher, Giftmischer, die Fälscher, Betrüger, Denuncianten u. s. w. Die Verbrechen der alten Zeit waren Mord, Todtschlag, Raub, Gewalt, Diebstahl.

So hat sich uns also die Oeffentlichkeit als ein Grundzug der alten Zeit bewährt. Es ist wohl kaum nöthig, darauf hinzuweisen, welches Streiflicht sie auf den sittlichen und socialen Zustand des Volks wirft, und welche Vortheile sie mit sich führte. Hervorgegangen ist sie, wie mir scheint, aus der ursprünglichen Innigkeit der Verbindung zwischen dem Individuum und der Gemeinde, sie ist, dürfte man sagen, nur die äußere Erscheinungsform der primitiven Gemeinschaftlichkeit des Lebens und der Interessen. Sie setzte ein gutes Gewissen und moralischen Muth voraus und führte eine große Sicherheit des Verkehrs wie der Rechtspflege in ihrem Gefolge mit sich.

9) mit dem vielleicht auch die für die Bürgschaft im ältern Recht vorgeschriebene öffentliche Verkündigung zusammenhängt. S. Note 5.

Eine zweite Eigenschaft, die uns bei der äußeren Betrachtung des ältern Rechts sofort in die Augen springt, ist die Plastik desselben. Die Plastik des Rechts äußert sich in den für den Rechtsverkehr vorgeschriebenen festen Formen, und ihr praktischer Nutzen besteht darin, die innerliche Verschiedenheit äußerlich darzustellen, das Innere gewissermaßen an die Oberfläche zu rücken. Nur hiernach, nicht nach der Quantität und dem physiognomischen Ausdruck und Zuschnitt der verschiedenen Formen beurtheilt sich ihr Werth vom praktischen Standpunkt aus. Es kann also ein Recht einen unendlichen Reichthum an Formen, symbolischen Handlungen u. s. w. haben, und doch diesen praktischen Anforderungen der Plastik nicht entsprechen, wenn nämlich der äußerlichen Formen und Darstellungsmittel mehr sind, als der inneren Unterschiede, der Zeichen mehr, als der Begriffe. Das innerlich Bedeutungslose erhält hier eine äußere Anerkennung, die, wenn auch fürs Leben nicht gerade nachtheilig wirkt, doch die geistige Erfassung des Rechts erschwert. Das germanische Recht gewährt uns ein Beispiel für diese überwuchernde Kraft des plastischen Triebes; in ihm hat die Phantasie, die sinnige Natur des germanischen Charakters sich geltend gemacht auf Kosten des juristischen Verstandes.

Der praktische Werth jener Plastik bestimmt sich ferner nicht nach dem Zuschnitt der Formen. Die Formen sollen weiter nichts als den Begriff signalisiren; ob sie dies aber, wie im germanischen Recht, in poetischer, gemüthvoller Weise thun, oder, wie im römischen, in prosaischer, höchst nüchterner Weise, ob sie nebenbei zum symbolischen Ausdruck tiefsinniger Gedanken, inniger Gefühle u. s. w. benutzt werden, oder sich einfach auf den Dienst beschränken, den sie leisten sollen, äußerliche Kriterien innerer Verschiedenheiten zu sein — dieser Unterschied ist für die Charakteristik des Volksgeistes bezeichnend, für den juristischen Werth jener Plastik aber völlig gleichgültig.

Wenn wir hiernach nun die Plastik des ältern römischen Rechts beurtheilen, so beschränkt sich dieselbe einfach auf den

angegebenen praktischen Gesichtspunkt. Die Formen, die sie zu diesem Zwecke verwendet, sind der Zahl nach gering[10]) und ihrem physiognomischen Ausdruck nach nüchtern und prosaisch. Sie enthalten wenig mehr, als was der juristische Zweck selbst mit sich bringt (z. B. das persönliche Erscheinen der Partheien, die Zuziehung und Anrufung der Zeugen, das Aussprechen der Formel), oder was zum äußern Ausdruck des innern Vorganges erforderlich schien (z. B. das Berühren der Sache mit der Hand zum Zeichen des beabsichtigten Eigenthumserwerbes, das zum Schein vorgenommene Zuwägen des Erzes als äußere Motivirung einer eingegangenen oder aufgehobenen Obligation, der Scheinkampf bei der Vindikation, der Gebrauch des Speres).[11]) Die beiden Hauptgeschäftsformen, die mancipatio und in jure cessio, lassen sich sogar rationell analysiren, sie enthalten keinen Zusatz von Symbolik, sondern was dem ähnelt, wie z. B. die Wagschaale und das Einwerfen des Erzes, ist nichts als ein vor der Einführung des gemünzten Geldes nothwendiger, später durch die Macht der Gewohnheit beibehaltener materieller Bestandtheil des Geschäfts selbst.

Der römische Verkehr bewegte sich zum größten Theil in diesen beiden Formen, und diese bei Eigenthumsübertragungen an beweglichen wie unbeweglichen Sachen, beim Verkauf von Sclaven wie von Hauskindern, bei der Adoption, der Ehe, der Emancipation, Manumission, der Errichtung des Testaments, der Ein-

---

10) Wohl zu beachten die Formen, die rechtlich nöthig waren. Das römische Leben kannte eine Menge Formen, denen jene Bedeutung nicht zukam; s. II S. 591 fl. Eine eingehende Betrachtung des römischen Formenwesens folgt §. 45—47.

11) Es verdiente dieser Gegenstand wohl eine neue Bearbeitung. Es existirt darüber eine Schrift von Everard Otto de jurisprudentia symbolica exercitationum trias Traj. ad Rhen. 1730, die den Vorläufer eines meines Wissens nicht erschienenen größeren Werkes bilden sollte. Für das deutsche Recht hat Reyscher in seinen Beiträgen zur Kunde des deutschen Rechts Heft 1 (über die Symbolik des deutschen Rechts) Tübingen 1833 eine dankenswerthe, aber der Vermehrung fähige Zusammenstellung geliefert.

gehung und Lösung der Nexus-Schuld u. s. w. immer wiederkehrende Solennität der mancipatio und in jure cessio gibt dem Verkehr in seinem Aeußern etwas Monotones. Zur Charakteristik der römischen Nationalität im Gegensatz der deutschen kann man dies hervorheben und immerhin ersterer den Vorwurf der Nüchternheit machen und letzterer den Vorzug „der Poesie im Recht" lassen. Aber es ist schon oben bemerkt, daß dies den praktischen Werth der Plastik des Rechts gar nicht berührt, und man darf gerade in der Einfachheit, Nüchternheit und Dürftigkeit der römischen Plastik eine Bethätigung der rein juristischen Anschauungsweise der Römer erblicken. Von welchem Nutzen die Sparsamkeit im Recht ist,[12]) liegt auf der Hand; der Verkehr beherrscht leichter zwei Formen, als zwanzig, und die Jurisprudenz kann die Theorie derselben um so schärfer und genauer ausbilden, je weniger ihrer sind. (§. 38.)

Wenn nun aber verschiedene Geschäfte mittelst derselben Form abgeschlossen wurden, worin lag denn das Unterscheidende derselben? In der Verschiedenheit des Inhalts und der derselben entsprechenden Formel. Die Gefahr der Verwechslung war für jeden, der das Geschäft mit angesehen und angehört hatte, undenkbar. *Daß* ein Rechtsgeschäft vor sich gehe, verkündete die Form; *welches*, der Gegenstand und Inhalt, und damit war den Anforderungen des Verkehrs vollkommen genügt. Unserm heutigen Recht läßt sich ein Gleiches nicht nachrühmen. Unsere Formlosigkeit, vor der nur einige Geschäfte wie das Testament und der Wechsel sich bewahrt haben, macht es oft sehr schwer, wenn nicht unmöglich zu bestimmen, *ob* ein Rechtsgeschäft und *welches* von den Partheien intendirt war. Auch bei den Römern kamen in älterer Zeit Geschäfte vor, die nicht in eine rechtliche Form eingekleidet zu werden pflegten; wir werden sie an einer andern Stelle betrachten und zu zeigen versuchen, daß es keine *Rechtsgeschäfte* im Sinne des ältern Rechts waren und der Beihülfe desselben

12) In §. 38 werden wir darauf zurückkommen.

weder theilhaftig waren, noch auch derselben bedurften. Ein wahrhaftes Rechtsgeschäft ist für die ältere Zeit nur das, welches in Form Rechtens auftritt, äußerlich sich als solches kund gibt. Formlosigkeit widerstrebt der innersten Natur der alten Römer — dies lehrt uns das ganze römische Alterthum. Wer letzteres einer Betrachtung in dieser Rücksicht unterwerfen will, wird finden, daß dasselbe von der Tendenz beseelt ist, die innern Unterschiede durch äußere Zeichen sichtbar zu machen, und wo war diese Tendenz mehr am Platz, als gerade im Recht? So wie der Senator, Ritter, der Freie, Mündige, Unmündige, der Angeklagte u. s. w. an seinem Kleide, Ringe u. s. w. kenntlich ist, so soll auch das Rechtsgeschäft durch seine juristische Uniform, wenn ich so sagen darf, seine toga civilis äußerlich erkennbar sein. Fehlt dieselbe, so liegt darin ausgesprochen, daß die Partheien ein Rechtsgeschäft gar nicht intendirt haben, denn sonst würden sie dasselbe in die erforderliche Form eingekleidet haben.

Es ist oben die Unsichtbarkeit der Bewegung des heutigen Rechtsverkehrs als die Folge der unplastischen Natur desselben bezeichnet. Für das römische Recht können wir also umgekehrt der eben erörterten Plastik desselben auch den Ausdruck der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Rechtsverkehrs geben. Es tritt keine rechtliche Wirkung ein, die nicht eine äußere, mechanische Ursache hätte. Das Mindeste, was verlangt wird, ist das Erscheinen und die persönliche Thätigkeit der Partheien, wenn auch letztere, wie z. B. bei der Stipulation sich ohne weitere äußerliche Handlung auf ein bloßes Aussprechen von Worten beschränkt.

Wir wenden uns jetzt dem inneren Organismus des ältern Rechts zu und zwar versuchen wir zuerst (§. 24—30) uns der bewegenden Ideen: der Grundtriebe des Rechts zu bemächtigen. Dieselben lassen sich subjectiv aus der Seele des römischen

Volks heraus auch als die Ideale des römischen Rechtsgefühls bezeichnen; was der subjectiven Anschauung des Volks als zu erreichendes Ziel, als Ideal vorschwebt, wird objectiv im Recht selbst als Tendenz, als Trieb der Rechtsbildung hervortreten. Was erscheint nun dem römischen Rechtsgefühl als letztes Ziel des ganzen Rechts, welchen höchsten Anforderungen hat letzteres zu genügen — das ist die Frage, auf die uns die folgende Darstellung eine Antwort ertheilen soll. Ich beantworte jene Frage mittelst der Annahme von drei Grundtrieben, die ich in Ermangelung besserer Ausdrücke den Selbständigkeitstrieb des Rechts, den Gleichheitstrieb und den Macht- und Freiheitstrieb nenne.

II. Die Grundtriebe des Rechts.

1. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

Die praktische Selbständigkeit des Rechts — die beiden Extreme.

XXIV. Die Selbständigkeit des Rechts bezeichnet uns vielleicht das schwierigste Problem, das es sowohl für die philosophische Erforschung als die praktische Verwirklichung des Rechts gibt, und die Philosophie hat sich viel damit beschäftigt, die begriffliche Selbständigkeit des Rechts, den Unterschied desselben von der Moral u. s. w. nachzuweisen. Wir werden bei der vorliegenden Aufgabe diese gefährlichen Höhen der Spekulation wenig berühren. Der Zielpunkt unserer Aufgabe: die praktische Selbständigkeit des Rechts, liegt niedriger, aber bis jetzt führt noch

keine gebahnte Straße hin,[13]) und ich muß daher den Leser um Entschuldigung bitten, wenn der Weg, den ich ihn führen werde, nicht der gangbarste und kürzeste ist; um diesen zu finden, dazu bedarf es der fortgesetzten Arbeit der Wissenschaft. Möge der vorliegende Versuch die Aufmerksamkeit auf diesen wichtigen Punkt hinlenken und bald durch einen bessern verdrängt werden! Ich will nur noch bemerken, daß ich es bei dem von mir eingeschlagenen Wege nicht habe vermeiden können, manche Punkte bereits oberflächlich zu berühren, die wir erst später näher werden kennen lernen — was beiläufig gesagt sich im Verlauf dieses Buchs noch öfter wiederholen wird und bei der Natur des Themas, bei dem die Fäden des Geflechtes sich beständig kreuzen, unvermeidlich ist.

Möge die Philosophie nun immerhin sich rühmen, uns die Selbständigkeit des Rechts in der Idee nachgewiesen zu haben: ein anderes Ding ist es um das lebendige Recht der Wirklichkeit, ein anderes Ding um die Idee, diesen Schatten, den das Recht der Wirklichkeit in die einsame Kammer des Philosophen wirft. Denn jenes ist hineingestellt mitten in die Strömung des Lebens, in den Kampf erbitterter Partheien und auf einander prallender Gegensätze, ausgesetzt dem Sturm der Leidenschaften, die hier toben, bestimmt, den Anforderungen, Interessen, Bestrebungen des Lebens gerecht zu werden. Welche Schwierigkeiten findet die der Idee des Rechts zukommende Selbständigkeit hier vor, um sich geltend zu machen, welche Schwankungen statt jenes ruhigen Gleichgewichts, in dem das Recht der Idee sich befindet!

Die zwei äußersten Punkte, zwischen denen das Recht der Wirklichkeit beständig oscillirt, sind das Extrem der Unselbständigkeit auf der einen, das Extrem der Selbständigkeit auf der an-

13) Ueber die „Unabhängigkeit der Justiz oder die Freiheit des Rechts in England und den Vereinigten Staaten" existirt eine Broschüre von einem Bogen von Franz Lieber (Prof. der Staatsphilosophie und des Staatshaushaltes an der Universität von Süd-Carolina) Heidelb. 1848, die manche beherzigungswerthe Bemerkungen für das heutige Recht enthält, mir für meine Zwecke aber keine Förderung gewährte.

dern Seite. Bei der Neigung nach jener Seite fehlt dem Recht, um es allgemein auszudrücken, das Vermögen der innern Selbstbestimmung und die Kraft, äußere Einflüsse, die seiner Natur widerstreben, zurückzuweisen, im übrigen aber kann diese Unselbständigkeit ihrem Grade, ihrer Art und ihren Ursachen nach sehr verschieden sein. Es kann dem Recht fehlen an der innern Freiheit, wenn es nämlich noch nicht zum Selbstbewußtsein, zur Scheidung seiner selbst von Moral, Religion und Politik gelangt ist; an der äußern Freiheit, die freilich nur die Folge der geringen moralischen Achtung ist, die das Recht genießt, wenn nämlich die rohe Gewalt ihm die Spontaneität seiner Bewegung verwehrt. Gründe, welche eine Neigung des Rechts nach Seiten dieses Extrems zur Folge haben, sind beispielsweise die vorwiegend religiöse Weltanschauung des Volks, Charakterschwäche, Mangel des Gefühls der persönlichen Freiheit, Unbeständigkeit, leidenschaftliche Reizbarkeit des Volkscharakters.

Die Neigung des Rechts nach Seiten des entgegengesetzten Extrems ist ungleich weniger zu besorgen. Letztere würde darin bestehen, daß das Recht als eine in sich selber ruhende geistige Kraft sich von den Einflüssen des Lebens, der Politik, der Religion möglichst zu emancipiren, sich auf sich selbst zurückzuziehen und sich möglichst aus sich selbst d. h. aus der Idee der Gerechtigkeit und der Logik des Begriffs zu bestimmen versuchte. Die Reception des römischen Rechts bei den neuern Völkern gewährt uns ein Beispiel dafür. Es ist merkwürdig, wie empfindlich die große Masse für eine Deklination nach dieser Seite ist, während sie durch beträchtliche Abweichungen nach der andern Seite kaum alterirt wird, und es zeigt, wie gering das Verständniß für die Aufgabe des Rechts, wie verkehrt der Maßstab ist, den man an dasselbe anlegt.[13a]) Als das normale Recht denkt man sich das „Recht, das mit uns geboren" — jenes mephistophelische Trug-

---

13a]) Ich denke über das im Text Gesagte jetzt anders, als damals, als ich es schrieb, lasse es jedoch des Zusammenhanges wegen stehen.

bild, hinter dem sich der Abgrund der Willkühr und Selbstvernichtung öffnet; man verlangt, daß das Recht gleichen Schritt halte mit der Bewegung der Zeit, allen ihren Anforderungen gerecht werde, alle ihre Einfälle legalisire, und ahnt nicht, daß ein solches alles eignen Halts entbehrendes, willen- und charakterloses Recht bald zum feilen Werkzeug der augenblicklichen Gewalt herabsinken würde. Jene Exaggeration der Selbständigkeit mit ihrer noch so weit getriebenen, man nenne es Starrheit, Rücksichtslosigkeit gegen die Interessen und Bedürfnisse der Gegenwart, tyrannischen Handhabung der Rechtsconsequenz, sie ist in der That nur die Uebertreibung einer Eigenschaft, die den Adel und die Hoheit des Rechts ausmacht, die Verirrung nach Seiten der Kraft, von der eine Umkehr leicht möglich ist, während das entgegengesetzte Extrem der gefügigen Hingebung des Rechts an die Bewegung des Lebens das Zeichen einer moralischen Asthenie ist. Daß Festigkeit, unerschütterliche Ruhe, Rücksichtslosigkeit Cardinaltugenden des Rechts sind, hat der Instinkt der Völker von altersher herausgefühlt; mit Stolz gedenken sie der Vorfälle ihrer Geschichte, wo das Recht diese Eigenschaften in eclatanter Weise bewährt und selbst, so zu sagen, mit trotzigem Uebermuth dem Leben Hohn gesprochen hat.

Wie und woran sich nun der Selbständigkeitstrieb des Rechts äußert, das werden wir am ältern römischen Recht nachzuweisen versuchen. Es hat vielleicht kein anderes gegeben, das so wie dieses vom Geiste der Unabhängigkeit und ich möchte fast hinzufügen des Trotzes beseelt gewesen ist, und an dem man daher das Walten jenes Selbständigkeitstriebes so gut studiren könnte. Worauf wir vor allem unser Augenmerk zu richten haben werden, ist die innere Organisation, die Technik und Methode, durch die das Recht seine Selbständigkeit sicherzustellen sucht. Dieser Punkt ist bisher viel zu wenig beachtet, und das Verständniß dafür scheint nicht so leicht zu sein, während der Zweck selbst, der durch jenes Mittel verfolgt wird, im allgemeinen auch dem ungebildeten Rechtsgefühl als Postulat vorschwebt. Daß das Recht unabhän-

gig und selbständig sich verwirklichen soll, daß also z. B. das religiöse und politische Glaubensbekenntniß, das Ansehn, Verdienst, die Würdigkeit der Person, die Stellung im Leben Niemandem schaden oder nützen, Gunst und Abneigung keinen Einfluß äußern, das Recht gegen alle ein gleiches Maß anwenden, daß die äußere Macht sich keine Eingriffe in das Rechtsgebiet erlauben solle u. s. w., das fühlt Jedermann. Aber auffallend ist es, daß nicht bloß das einfache Rechtsgefühl sich mit dem Wege, den das Recht zu jenem Zwecke einschlägt, im Widerspruch fühlt, sondern daß selbst die Wissenschaft noch bis zu einem gewissen Grade mit diesem Gefühl zu sympathisiren scheint, und darum werde ich mich hier ausführlicher ergehen, als das unmittelbare Verständniß des römischen Rechts es erfordert.

Wir werden im Folgenden vier Punkte ins Auge fassen, von denen die drei ersten die Selbständigkeit des Rechts hinsichtlich seiner innern Entwicklung, der letztere die Selbständigkeit desselben hinsichtlich seiner äußern Verwirklichung zum Gegenstande hat.

1) Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form (§. 25).
2) Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts (§. 26).
3) Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts (§. 27).
4) Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des geschriebenen Rechts (§. 28).

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte —).

Leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.
Cic. de off. II 12.

XXV. Wir beginnen mit dem ersten und einfachsten Schritt, den das Recht auf der Bahn der Selbständigkeit machen kann, und der doch in seinen Folgen unendlich wichtiger ist, als man gewöhnlich annimmt, dem Fortschritt desselben von dem System des ungeschriebenen zu dem des geschriebenen Rechts, von der Sitte und dem Gewohnheitsrecht zum Gesetz.

Die Frage von der Entstehung des Rechts bildet einen Hauptdivergenzpunkt zwischen der Lehre des vorigen und der des jetzigen Jahrhunderts. Jener zufolge entstand das Recht auf regulärem Wege durch die Gesetzgebung und nur ausnahmsweise auf gewohnheitsrechtlichem Wege. Der Gesetzgeber versorgt den Staat mit Gesetzen, das Recht ist also im wesentlichen nur die Summe der erlassenen Gesetze, das Product legislativer Willkühr oder Weisheit — dem Volk ist es etwas von vornherein Fremdes, äußerlich Angepaßtes oder Aufgedrungenes, das es lernen und sich aneignen muß. So die alte Lehre. Nach der neuern Ansicht ist das Recht ursprünglich ein Product der unmittelbaren Thätigkeit des Volksgeistes. Das nationale Rechtsgefühl verwirklichte sich unmittelbar durch die That und stellte sich dar in der Sitte (Gewohnheitsrecht). Im Laufe der Zeit tritt als zweite Rechtsquelle die Gesetzgebung hinzu, nicht gerade stets Neues schaffend, sondern oft nur das Bestehende formulirend. Neben ihr dauert aber jene erste Quelle, das nationale Rechtsgefühl mit seiner unmittelbaren Verwirklichung im Gewohnheits-

recht, als völlig gleichberechtigt fort, und letzteres ist nicht etwa eine unvollkommne, bloß tolerirte Art der Rechtsbildung, sondern es ist die eigentlich naturgemäße, normale. Das Gewohnheitsrecht läßt sich recht eigentlich als das Schoßkind der s. g. historischen Schule bezeichnen; es scheint, als ob sie sich verpflichtet gefühlt hätte, es für die Vernachlässigung, die es früher erfahren, durch um so liebevollere Behandlung zu entschädigen.[14])

Das Neue und Verdienstliche dieser Ansicht besteht darin, daß sie erstens an die Stelle der bis dahin gelehrten äußeren mechanischen Production des Rechts durch legislative Reflexion eine unmittelbare, s. g. organische Entstehungsweise desselben setzte, ein Hervorquellen desselben aus dem Born des nationalen Rechtsgefühls, und sodann daß sie, indem sie dem Recht seine breite nationale Grundlage und damit seine sittliche Würde zurückgab, eine Versöhnung des subjectiven Rechtsgefühls mit der äußern Thatsache des objectiven Rechts anbahnte, es dem subjectiven Geist, der sich früher mit dieser Thatsache nicht innerlich eins fühlen

14) Es gibt vielleicht kaum eine extremere Verherrlichung des Gewohnheitsrechts, als folgenden Ausspruch von Stahl, den ich seiner Rede über die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 (Augsb. Allg. Zeitung 1853 Nr. 15 S. 228) entlehne und welcher zum Beweise, bis zu welchem Punkte sich jene ungesunde und geschichtlich völlig unwahre Richtung hat verirren können, in der Erinnerung erhalten zu werden verdient: „Die Form der Codifikation zerstört oder lockert wenigstens überall die festen stetigen Rechtsverhältnisse, das feste stetige Rechtsbewußtsein; sie zerstört jedenfalls die Naivetät des Rechtsbewußtseins; sie ist darum am schädlichsten für die ländliche Bevölkerung, denn wenn diese aus solcher Unschuld gerissen und zu der Reflexion aufgefordert wird, ob nicht ganz entgegengesetzte Zustände bestehen könnten, als gegenwärtig, dann ist für sie kein Halt mehr und keine Ehrfurcht vor dem Rechte." (!) Die Geschichte berichtet von diesem Zustand der „Unschuld" etwas ganz Anderes, man erinnere sich z. B. der Veranlassung der XII Tafeln (l. 2 §. 3, 4 de orig. jur. l. 2), und Reisende, die ihn bei uncivilisirten Völkern aus eigner Anschauung haben kennen lernen, wie z. B. Lad. Magyar Reise in Südafrika I S. 286, Pest 1859, erblicken gerade in der Unbestimmtheit und Dehnbarkeit des Gewohnheitsrechts die Hauptquelle der Rechtsverwirrung. Das Ideal des Gewohnheitsrechts existirt nur in der Phantasie derer, die es erfunden haben.

konnte und sich in unbefriedigter Sehnsucht in die öden Wüsteneien des Naturrechts flüchtete, möglich machte, sich in dieser äußern Welt heimisch zu fühlen als in einer Schöpfung, an der er selbst mit arbeitet; ihn lehrte, in dieser Schöpfung nur den Ausdruck dessen zu finden, was er selbst dunkel und unvollkommen in sich trägt.

Wie aber so leicht eine neue Wahrheit im ersten Uebermuth über ihr Ziel hinausschießt und in Einseitigkeiten verfällt, so ist es auch hier geschehen, ohne daß ich damit aber im mindesten das hohe Verdienst der Urheber und ersten Verfechter der neuen Lehre schmälern will; jede neue tief eingreifende Wahrheit hat meiner Ansicht nach erst das Stadium der Einseitigkeit durchzumachen. In Bezug auf die angegebene aber scheint es mir freilich, daß dasselbe lange genug gedauert habe.

Der Vorwurf, den ich dieser Lehre mache, besteht darin, daß sie in Ueberschätzung der s. g. „naturwüchsigen Bildung" des Gewohnheitsrechts den ungeheuern Fortschritt, den das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum gesetzlichen Recht macht, ignorirt. Um diesen Fortschritt nachzuweisen, werden wir diese beiden Existenzformen des Rechts miteinander vergleichen.

Jener primitive Zustand des Rechts, von dem aus das Recht eines jeden Volkes sich erhoben hat, und der in vereinzelter Weise noch heutzutage als Gewohnheitsrecht vorkommt, hat auf den ersten Blick für die bloße Gefühlsbetrachtung etwas sehr Verführerisches, und zwar aus demselben Grunde, aus dem eine nüchterne Kritik ihn als einen höchst unvollkommnen zu bezeichnen hat. Diese scheinbare Vollkommenheit, aber wirkliche Unvollkommenheit besteht in der diesen Zustand charakterisirenden Harmonie und Einheit. Eins ist hier das Recht mit dem Subject — es lebt als Rechtsgefühl oder rechtliche Ueberzeugung (s. g. opinio necessitatis) in seiner Brust; eins mit dem Leben — es geht ganz aus demselben hervor; eins mit der Zeit — es schreitet stets mit ihr fort, bleibt nicht, wie das Gesetz, hinter ihr zurück. Einig endlich in sich ist

die ganze Rechtsauffassung; kein Widerspruch von Gesetzen. Die Entscheidung wird nicht genommen aus einem einzelnen Paragraphen, sondern aus der Fülle der totalen Rechtsanschauung. Diese durchgehende Einheit, dieser friedliche Zusammenhang aber ist gerade das Zeichen der Unvollkommenheit; der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges, in unausgesetzter Trennung und Isolirung.

Durch den Ausdruck: Gewohnheitsrecht hat man sich die unbefangene Auffassung vielleicht nicht wenig erschwert. Die Römer, die einerseits freilich auch von einem jus. quod moribus introductum est sprechen, gebrauchen doch andererseits gern die Ausdrücke: mores majorum, consuetudo. usus longaevus, und in diesen Ausdrücken, die ich am liebsten durch Sitte wiedergeben möchte, liegt der richtige Gesichtspunkt meiner Ansicht nach treffend ausgesprochen. In der Sitte findet auch die rein sittliche Anschauung des Volkes ihren Ausdruck; gerade von diesem äußeren Moment hat die Sprache die Bezeichnung der letzteren als Sittlichkeit, Moralität (mores) entlehnt. Ganz dieselbe Form aber ist es, in der im Gewohnheitsrecht die rechtliche Ueberzeugung zur Erscheinung gelangt. Aeußerlich also sind beide gar nicht zu unterscheiden; bleibt mithin das innere Moment d. h. die Anforderung, daß der Gegensatz von Recht und Moral im einzelnen Fall als Gegensatz der rechtlichen und bloß moralischen Verpflichtung subjectiv klar erfaßt sei. Dies mag nun in manchen Fällen in der That der Fall sein, in andern dagegen wird sich der Unterschied nur als eine graduelle Differenz in der Stärke des Pflichtgefühls ankündigen, in andern endlich gar nicht vorhanden sein. Kurz das Gefühl, das der Sitte zu Grunde liegt, trägt vermöge seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit eines Schwankens nach beiden Seiten in sich. Es ist die sittliche Substanz im Zustande der Flüssigkeit, das Chaos, in dem die Elemente der sittlichen Welt noch ungeschieden durcheinander wogen, und aus dem erst höchst allmählig die einzelnen Bildungen

sich ablagern. Eine äußere Anregung treibt die flüssige Masse in diesem Fall vielleicht mehr nach Seiten des Rechts, in jenem mehr nach Seiten der Moral; in diesem Falle äußert sich das Gefühl als unbedingtes Gebot, in jenem Falle, der an sich gar nicht verschieden war, als freie Anforderung.[15] Der Grund liegt darin, daß die sittliche Substanz mit der Subjectivität noch ganz zusammenfällt, also wie alles rein Innerliche den Schwankungen der subjectiven Stimmung unterworfen ist. Jene Gleichmäßigkeit, die wir oben als eine der Cardinaleigenschaften des Rechts hingestellt haben, ist hier also noch nicht vorhanden; es fehlt dem Recht noch die Festigkeit und Härte, die sein Wesen ausmacht und es von der Moral unterscheidet. Dieser Zustand der Flüssigkeit, in dem es sich befindet, ist der Zustand seiner höchsten Unselbständigkeit, und es wäre vielleicht am richtigsten, es als Zustand der Identität des Rechts und der Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zu stellen.

Mit dieser Vorstufe hat nun, wie bereits bemerkt, das Recht aller Völker begonnen und nach Verschiedenheit der Volksindividualitäten sich bald länger, bald kürzer darauf verweilt.[16] Wir haben aber nicht nöthig in die entlegensten Zeiten der Geschichte des Rechts zurückzusteigen, um diese Vorstufe kennen zu lernen; das Schauspiel der gewohnheitsrechtlichen Bildung wiederholt sich, wenn auch in vereinzelten Anwendungen, täglich unter unsern Augen, und an ihm können wir von dem eben Gesagten die Probe machen.

Wer selbst aus eigner Erfahrung Versuche des Beweises

---

15) Als Beispiel aus der römischen Rechtsgeschichte diene der Einfluß der Sitte auf die römischen Familienverhältnisse (§. 32), insbesondere die Familiengerichte, die Ausübung des Tödtungsrechts von Seiten des Vaters und Ehemannes. Daß auch die Römer sich dieses Moments der Unbestimmtheit des Gewohnheitsrechts und des Gegensatzes des Gesetzes dazu sehr wohl bewußt waren, darüber s. z. B. l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2): incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam.

16) Die griechische Bezeichnung des Rechts, δίκη (B. 1 Anm. 114) ist diesem Grund und Boden entwachsen.

eines speziellen Gewohnheitsrechts kennt, wird mir einräumen, daß hier überall das zu Tage kommt, was ich als das Wesen der Sitte bezeichnet habe: die Unbestimmtheit. Er weiß, daß je nach der Verschiedenheit der vernommenen Personen das Gefühl der Nothwendigkeit bald schwerer, bald leichter empfunden wird d. h. bald mehr als Rechtsgefühl, bald mehr als Glaube einer bloß moralischen Verpflichtung. Und ebenso lehrt die Erfahrung, daß je nach Verschiedenheit des Richters derselbe Beweis des Gewohnheitsrechts bald für erbracht, bald für mißlungen erklärt wird. Die Theorie des Gewohnheitsrechts möge sich noch so sehr ihrer vermeintlichen Bestimmtheit rühmen, sie möge ihr „Rechtsgefühl" als Quelle des Gewohnheitsrechts in abstracto noch so sehr zu dem Gefühl einer bloß moralischen Verpflichtung in Gegensatz stellen: im Leben schwimmen beide nur zu oft zu einem Fluidum zusammen, und Unbestimmtheit ist das unvertilgbare Muttermal der meisten concreten Gewohnheitsrechte.[17])

Je weniger nun dem Bisherigen nach das Recht in seinem primitiven Zustand bereits innere Festigkeit und Bestimmtheit gewonnen hat, je mehr die Möglichkeit eines Schwankens in seiner Natur begründet ist, um so höhern Werth hat auf dieser Stufe die Tugend der Gerechtigkeit. In ihr erhebt sich das Recht zu dem Bestreben, sich frei zu machen von dem Wechsel der Stimmungen, dem Einflusse aller persönlichen Bezüge u. s. w., und eine Gleichheit der rechtlichen Behandlung eintreten zu lassen; es ist die erste Regung des Selbständigkeitstriebes des Rechts. Die Gerechtigkeit hat hier noch mit der ganzen Gefühlssubstanz zu ringen, von der

17) Wer einen eclatanten Beleg dafür wünscht, der vergleiche einmal die Fälle, in denen unsere Doctrin von einem allgemeinen auf dem Boden des römischen Rechts erwachsenen modernen Gewohnheitsrecht spricht. Wo der Eine eine bindende Praxis annimmt (z. B. hinsichtlich der Ausdehnung der restitutio minorum auf sämmtliche universitates personarum) meint der Andere: „eine auf so irriger Theorie beruhende Praxis sei denn auch nicht geeignet, den erwähnten Rechtssatz zu begründen." Diese Beiden sind gerade die beiden Koryphäen des Gewohnheitsrechts: Puchta (Pandekten §. 103) und Savigny (System VII. S. 161).

sie umgeben ist, und nur ein ungewöhnlicher Grad von Einsicht und Charakterfestigkeit ist dieser Aufgabe gewachsen. Daher auch die außerordentliche Anerkennung, die sie findet, und die für die spätern Entwicklungsstufen des Rechts keinen Sinn haben würde. In unserm heutigen Recht ist das Verdienst der Gerechtigkeit ein unendlich geringeres; sie liegt zum größten Theil schon in der Construction unseres Rechts, und was das Subject dazu thut, ist nichts besonderes. Seitdem das Recht in sich selbst den Prozeß der Ueberwindung des bloßen Gefühlsstandpunktes durchgemacht hat, ist diese Arbeit dem einzelnen Subject erspart oder wenigstens bedeutend erleichtert; was früher mühsam gesucht und gefunden werden mußte und nur von Auserwählten gefunden ward, liegt jetzt offen da und läßt sich erlernen ohne großes Talent.[17a])

In demselben Maße, in dem nun ein Volk das Bedürfniß nach Gerechtigkeit d. h. nach Gleichmäßigkeit empfindet, wird es den Trieb in sich fühlen, sich von dem Zufall der bloß individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre subjectiver Eingebung in das Recht selbst hinein zu verlegen. Das Mittel dazu ist das Gesetz. Das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivetät heraustritt und in officieller Weise zum Selbstbewußtsein gelangt. Scheinbar ist dieser Vorgang ohne große Bedeutung, und doch ruft er in seiner Verallgemeinerung eine Reihe der wichtigsten Veränderungen im Recht selbst hervor. Jede einzelne dieser Veränderungen hat ihre Kehrseite, und für den, der sich an diese Kehrseiten hält und übersieht, daß kein Fortschritt in der Welt davon frei ist, kann der Anschein entstehn, als ob jener primäre Zustand doch das eigentliche Paradies, das Auftreten der Gesetzgebung aber den Sündenfall des Rechts bezeichne. Nach allen

17a) Cic. de off. II. 12. Jus enim semper est quaesitum aequabile neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro consequebantur erant eo contenti, quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.

jenen Seiten hin, nach denen früher im Recht Harmonie und Einheit herrschte, wird dieselbe jetzt wie mit dem Sündenfall zerrissen. Eins war früher das Recht mit dem subjectiven Gefühl. Jetzt trennen sich beide; an die Stelle des subjectiv Innerlichen tritt etwas objectiv Aeußerliches. Nicht das ist mehr Rechtens, was in der Brust des Subjects lebt, sondern der todte Buchstabe. Eins war früher das Recht mit dem Leben; wie letzteres sich bewegte und gestaltete, so auch jenes, das Recht war nie hinter der Zeit zurück, stand nie mit ihren Bedürfnissen in Widerspruch. Mit dem Gesetz hört diese Einheit auf. Das Recht steht nicht mehr innerhalb des Lebens und schreitet von selbst mit ihm fort, sondern es steht außerhalb desselben, regungs- und bewegungslos, und richtet von außen her seine Gebote an dasselbe. Das Gesetz erstarrt in demselben Moment, in dem es verzeichnet wird, während das Leben in unausgesetzter Bewegung bleibt, und doch soll letzteres sich der todten Satzung der Vergangenheit fügen!

Auch hinsichtlich der Art der Beurtheilung der concreten Rechtsverhältnisse bereitet sich mit dem System des geschriebenen Rechts eine Veränderung vor, die gleichfalls scheinbar mit einer Einbuße verbunden ist. Das Rechtsgefühl war etwas Ungetheiltes, Einiges, kein Theil desselben arbeitete für sich allein; es war ein Spiegel, der die concreten Rechtsverhältnisse mit einem Male in ihrer ganzen Erscheinung, in allen ihren Bezügen, nach allen Seiten hin erfaßte. Kurz es war die Unmittelbarkeit des Totaleindrucks, welche in der Periode der Naivetät das Urtheil bestimmte. Wie aber jetzt? Der Spiegel ist in Stücke zerschlagen, und aus den Splittern und Stücken sind die schmalen Paragraphen eines Gesetzes oder Gesetzbuches gemacht. In ihnen hat der concrete Fall sich abzuspiegeln, erst in diesem Paragraph von dieser Seite, dann in jenem von jener Seite. Also vollständige Zerstücklung statt der Einheit!

Es ist leicht, wie man sieht, die Kehrseiten des geschriebenen Rechts aufzudecken und bei Schwärmern und Urtheilslosen eine Sehnsucht nach dem „Recht, das mit uns geboren," zu erregen.

Die Wahrheit hat hier nicht so leichtes Spiel, denn sie befindet sich von vornherein mit der Gefühlsnatur im Menschen in Widerspruch. Die Tendenz des Rechts nach Selbständigkeit und Objectivität, als deren Ausfluß das Gesetz erscheint, hat ja von vornherein zum Zweck, die Herrschaft des Gefühls im Recht zu brechen,[17b]) und die ganze Methode, Technik, Construction des Rechts dient demselben Zweck. Erklärlich, daß das Gefühl, das sich dadurch in seinem innersten Wesen bedroht sieht, sich dagegen sträubt, und daß, je mehr in einem Volke oder Individuum die Gefühlsnatur prävalirt, es ihm um so schwieriger fällt sich mit dieser Weise des Rechts zu befreunden. Man sieht, alle jene Veränderungen, die das System des geschriebenen Rechts hervorruft, beruhen auf Trennung und Isolirung, und wir haben hier Gelegenheit, die Wahrheit der obigen Bemerkung, daß der Fortschritt des Rechts in Trennung besteht, zu erproben. Wie das selbständige Leben des Kindes erst durch Trennung von der Mutter begründet wird, so auch das des Rechts erst durch die Ablösung von dem nationalen Rechtsgefühl in dem es seinen Ursprung fand. Diese Ablösung aber geschieht durch das Gesetz. Allerdings erleidet das Recht dadurch eine gewisse Einbuße, es verliert jene Flüssigkeit und Beweglichkeit, allein die Einbuße steht in keinem Verhältniß zu dem Gewinn, d. i. der Zunahme des Rechts an Festigkeit, Bestimmtheit, Gleichmäßigkeit, kurz an Selbständigkeit. Theils nämlich vermag auch das geschriebene Recht sich eine gewisse Elasticität zu erhalten, wie das dritte System uns dies veranschaulichen; wird durch entsprechende Aenderungen seiner selbst kann es jeder Zeit der Entwicklung des Verkehrs und der nationalen Rechtsanschauung folgen, Theils aber ist die Bestimmtheit, Sicherheit, Gleichmäßigkeit, Ruhe, Festigkeit des Rechts für das Leben unendlich viel wichtiger, als die Fähigkeit sich letzterem stets in jedem Augenblick und für jedes einzelne Verhältniß zu akkommodiren. Denn die Verhältnisse, in denen sich das rechtliche Leben der

17b) Liv. II. 3: Leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti nec veniae habere, si modum excesseris.

Gattung darstellt, sind nicht so individuell, daß sie sich nicht typisch durch das Gesetz normiren ließen; es kömmt nur darauf an, daß das Gesetz in seiner Klassificirung weit genug ins Detail hinabsteigt. Und ebenso wenig sind sie so veränderlich, daß sie sich nicht ohne Zwang auf längere Zeit einer und derselben Regel fügen könnten.

Der positive Fortschritt, den das Recht mit seiner Aufzeichnung macht, läßt sich mit einem Wort bezeichnen als *Uebergang aus der subjectiven Innerlichkeit zur objectiven Aeußerlichkeit*. Hiermit hat dasselbe zunächst die Selbständigkeit in der *Form* gewonnen. Die Sitte, in der es sich früher darstellte, war eine ihm nichts weniger als eigenthümliche Form; auch das rein *Zweckmäßige*, das zum Recht nicht die entfernteste Beziehung hat, kann Sitte sein. Das Gesetz hingegen ist die ausschließliche Form des Rechts. Was Sitte ist, ist nicht bloß darum schon Recht, wohl aber, was Gesetz ist. So ist also der Unbestimmtheit des Rechts hinsichtlich der Form fortan ein Ende gemacht. Ferner und vor allem aber ist damit die wichtigste Eigenschaft des Rechts, die Gleichmäßigkeit, angebahnt. Während früher das Recht, wie das Bild im Wasser, den Fluctuationen des reflectirenden Gegenstandes mit unterworfen war, wird es jetzt reflectirt aus einem Spiegel, der keiner Bewegung fähig ist. Freilich kömmt es auch bei diesem Spiegel, wie bei jedem, darauf an, wer hinein sieht; auch das Gesetz schließt, wie alles Objective, wenn es vom Subject erfaßt wird, den Einfluß der subjectiven Verschiedenheiten und der Stimmungen desselben Subjects nicht völlig aus, aber es ist doch ein objectiver Anhaltspunkt gewonnen, den Schwankungen der subjectiven Ansicht, den Einflüssen des Gefühls bis zu einem gewissen Grade ein Damm entgegengesetzt. Aus einer Sache des Gefühls wird das Recht jetzt ein Gegenstand der *Erkenntniß*, es wird logisch berechenbar, objectiv meßbar. Die Intuition macht folgeweise immer mehr dem discursiven Denken Platz. Das Mangelhafte der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse nach dem Totaleindruck, von der oben die Rede war, besteht darin,

daß leicht unbewußter Weise unberechtigte Einflüsse auf die Hervorbringung des Totaleindrucks mitwirken. Eine genaue Vergleichung der verschiedenen Fälle ist nicht möglich, wenn man sie bloß in ihrer Totalität auffaßt, sondern es ist wie bei der chemischen Vergleichung der Körper eine Auflösung in ihre Grundbestandtheile, ein Zerlegen und stückweises Vergleichen und Abwägen derselben erforderlich. Wir werden an einer spätern Stelle Gelegenheit erhalten, die juristische Scheidekunst in ihrer innersten Werkstätte zu beobachten und gehen daher hier auf diesen Punkt nicht weiter ein, kehren vielmehr jetzt zum ältern römischen Recht zurück, indem wir dasselbe unter dem Gesichtspunkt betrachten, der im bisherigen entwickelt ist.

Den Römern konnte es ihrer ganzen Natur nach nicht beschieden sein, lange in dem naiven Zustande der Sitte zu verharren. Für ein Recht, das wenigstens nach seiner privatrechtlichen Seite hin vom Selbständigkeitstriebe beseelt war, wie kein anderes, versteht sich eine entschiedene Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts ganz von selbst. Es ist in dieser Beziehung bezeichnend, daß die spätere Zeit selbst die Einrichtungen der Urzeit, offenbare Naturproducte, wenn ich so sagen darf, auf Gesetze des Romulus und Numa zurückführte. Dem römischen Geist erschien es als das Natürliche, daß die Reflexion und das Bewußtsein die sittliche Welt zu gestalten oder das Vorhandene wenigstens in Form des Gesetzes zu erfassen und darzustellen habe (§. 8).

Jene älteste Zeit mit ihren angeblichen Gesetzen liegt außer unserm Gesichtskreise. Dagegen gibt uns das Recht der Republik das Bild einer regen Thätigkeit der Gesetzgebung, auf die wir aber hier im Einzelnen begreiflicherweise nicht eingehen können. Die hervorragendste Erscheinung dieser Periode ist die Zwölftafelngesetzgebung, die Grundlage des ganzen zweiten Systems. Im wesentlichen enthielt dieselbe nur eine Codification des bestehenden Rechts und war, wie ähnliche Erscheinungen bei andern Völkern z. B. bei den Germanen zur Zeit der Völkerwanderung,

durch eine fühlbar gewordene Unsicherheit des Rechts veranlaßt, wenigstens wird uns von spätern Referenten dieses Motiv angegeben.[18]) In der Regel sind es bedeutende Störungen der bisherigen Lebensverhältnisse der Völker, die eine solche Unsicherheit und mit ihr das Bedürfniß der Codification herbeiführen, namentlich starke Zuflüsse neuer ethnischer Elemente, Aenderungen in dem Compositionsverhältniß der Volksschichten u. s. w. In Rom lag der Grund in der durch die Vertreibung der Könige verschobenen Stellung der Patricier und Plebejer, und die Plebs war es, auf deren Rechnung das Verdienst fällt, jene für die ganze römische Rechtsentwicklung so unendlich folgenreiche Maßregel der Codification des bestehenden Rechts erzwungen zu haben. Die Absicht war auf eine erschöpfende Formulirung des gesammten geltenden Rechts gerichtet, daß dieselbe aber nur annäherungsweise zu erreichen war, braucht nach unsern Ausführungen über das Verhältniß der Formulirungen des Rechts zu dem wirklichen Rechte (B. 1 Einleitung) nicht erst bemerkt zu werden. Ein näheres Eingehen auf dieses Zwölftafelngesetz ist hier nicht am Orte, da dem Gesichtspunkt, den wir gegenwärtig verfolgen, mit der Verweisung auf die bloße Thatsache jener Codification ein Genüge geschehen ist; nach andern Seiten hin werden wir noch öfter auf jenes Gesetz zurückkommen müssen.

Wir haben bisher dem ältern Recht im allgemeinen eine Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts vindicirt, diese Behauptung bedarf aber einer nähern Bestimmung hinsichtlich der einzelnen Theile des Rechts. Auf dem Gebiete des Privatrechts und Civilprozesses tritt jene Tendenz am entschiedensten hervor, weniger im Staatsrecht, am wenigsten im Criminalrecht.

18) Pomponius in l. 2 §. 3 de orig. jur. (1. 2) iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per legem latam.

Wer sich unbefangen dem Eindruck des ältern Rechts hingibt, wird auf den zuerst genannten beiden Gebieten eher alles andere finden, als eine Bestätigung der Lehre der historischen Schule von der „naturwüchsigen" Existenz und Fortbildung des Rechts.[19] Die ersten Blätter der römischen Geschichte berichten bereits von einem so grundlegenden Gesetzgebungswerk, wie dem des Servius Tullius, und in dem Maße identificirte die römische Vorstellung die Herrschaft des Rechts mit der der Gesetze, daß sie selbst die Einrichtungen der mythischen Zeit in Gesetze des Romulus und Numa Pompilius verwandelte[19a] und sich die Thatsache, daß trotz der Gesetze der Könige so bald nach der Königszeit die umfassende Gesetzgebung der XII Tafeln nöthig ward, nicht besser zurecht zu legen wußte, als daß sie in die Anfangszeit der Republik eine Periode des Gewohnheits- d. h. in ihren Augen eines unsichern Rechts einschob.[20] Varro bezeichnet das Gesetz als einzige Quelle, aus der in alter Zeit der Prätor habe schöpfen dürfen, nur dem Censor habe die Billigkeit (d. h. das nicht geschriebene Recht) als Richtschnur gedient[21] und einem Gajus konnte es sogar begegnen, daß er bei Aufzählung der Rechtsquellen in einem

---

19) Puchta Gewohnheitsrecht B. I S. 16 scheint gerade entgegengesetzter Ansicht zu sein, er meint sogar, bei den Römern habe der Gegensatz zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrecht durchaus nicht die Wirksamkeit erhalten, welche ihm in unserer Zeit zu Theil geworden sei. Wenn er sich dafür aber auf die interpretatio beruft, welche nur als eine Fortsetzung des geschriebenen Rechts betrachtet worden sei, so spricht dies eher gegen, als für seine Meinung; und er selbst erkennt (S. 24) auch den „Vorzug des gesetzlich niedergeschriebenen Rechts der Zwölf Tafeln an, an welches alles andere Recht angeschlossen wurde, wodurch es denn allerdings als ein damit identisches anerkannt wurde, andererseits aber eine sekundäre Stelle gegen das gesetzliche erhielt."

19a) So beginnt bei Livius (I. 8) die Gründung Roms mit der Gesetzgebung: vocata multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, jura dedit.

20) Pomponius in der mehrfach citirten l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2).

21) Varro de L. L. VI. 71 quod tum praetorium jus ad legem et censorium judicium ad aequum aestimabatur.

Institutionen-Compendium das Gewohnheitsrecht völlig vergaß![22]) Auch Aelius hatte in seiner Tripartita für das Gewohnheitsrecht keinen Platz.[23]) Der älteste Prozeß verräth schon durch seinen Namen (legis actio), welche Rolle das Gesetz in ihm spielt, und ob mit Recht oder Unrecht, kurzum Gajus und Pomponius erblicken in den Legisactionen nur eine Einrichtung zum Zweck der Verwirklichung der Gesetze, denselben aufs Haar angepaßt und bestimmt der liebenswürdigen Harmlosigkeit, deren das Recht bei seiner naturwüchsigen Existenz sich erfreute, ein Ende zu machen.[24]) Nur ein Beispiel weiß Gajus zu nennen, wo eine legis actio auf ein anderes Verhältniß ausgedehnt worden sei, als wofür sie im Gesetz eingeführt war: die per pignoris capionem, und sie war nur ein außergerichtlicher Akt, dem die Eigenschaft einer legis actio von Manchen bestritten wurde. Keine der wichtigen Reformen, denen der Prozeß im Lauf der Zeit unterlag, ist auf gewohnheitsrechtlichem Wege erfolgt, für alle weiß Gajus ein Gesetz zu nennen, und die als Charakterzug der prozessualischen Formeln angegebene Unabänderlichkeit schloß auch bei ihnen eine allmählige, gewohnheitsrechtliche Fortbildung aus.

Kurz der altrömische Prozeß ist seiner ganzen Anlage und seiner Geschichte nach ein Protest gegen das Gewohnheitsrecht, wie er sich kaum schroffer und deutlicher denken läßt,[25]) und wenn man bedenkt, daß die Unsicherheit des Gewohnheitsrechts als der Grund angegeben wird, der die XII Tafeln ins Leben gerufen habe, so wird man diesen Protest verstehen. Der Zweck der ganzen Einrichtung war, es dem Magistrat unmöglich zu machen, nach einer andern

22) Gaj. I. 2. Darauf macht mit Recht Lenz Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts, Greifswald und Leipzig 1854, S. 164, der die im Text entwickelte Ansicht theilt, aufmerksam.

23) l. 2 §. 6 de O J. (1. 2).

24) Pomponius a. a. O. §. 6: ex his legibus actiones compositae sunt ... quas ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt.

25) In weiterer Ausführung komme ich in §. 47 (II S. 666 fl.) darauf zurück.

Rechtsquelle zu urtheilen, als nach Gesetzen. Der Zweck wäre nur zur Hälfte erreicht und nicht einmal das, wenn sich die Gesetze, welche der magistratischen Willkühr eine Grenze setzen sollten, gleich unsern heutigen Prozeßgesetzen lediglich auf die Form des Verfahrens beschränkt hätten. Dies war aber nicht der Fall, die Scheidung zwischen dem materiellen und dem Prozeßrechte ist der alten Zeit fremd (III. 19), in den Legisactionen steckte zugleich das materielle Recht; ein Anspruch, der kein Gesetz für sich citiren konnte, existirte für den Richter nicht.

So war denn der Spielraum des Gewohnheitsrechts im alten Recht ein höchst beschränkter. Außer dem Fall der pignoris capio wüßte ich kein Beispiel davon, als die Erleichterung, welche der Prätor bei Ausdehnung des römischen Gebiets sich für den Akt des manum conserere verstattete, indem er die Partheien nicht mehr, wie einst, auf das Grundstück begleitete. (II. 600.) [26]) Für das materielle Recht ist mir kein Beispiel einer selbständigen gewohnheitsrechtlichen Bildung aus dieser Zeit bekannt. Diejenigen, die man etwa als solche bezeichnen könnte, sind Producte der interpretatio der Juristen (§. 27), d. h. Fortbildungen des Gesetzes. Will man diese Thätigkeit der Juristen, weil sie unter der Form der Interpretation wirklich neue Rechtssätze ins Leben rief, unter den Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechts bringen, dann allerdings öffnet sich für letzteres eine reiche Aerndte. Allein wie wenig diese Schöpfungen der Juristen, das jus civile im engern Sinn, geeignet sind, die Idee des s. g. naturwüchsigen, organischen Wachsens des Rechts zu unterstützen, in welchem Maße alles, was aus ihren Händen hervorgegangen ist, den Stempel bewußter Absicht und einer nach ganz bestimmten Regeln operirenden höchst ausgebildeten Kunst an sich trägt, das hoffe ich später (§. 44, 47—58) in einer Weise darthun zu können, die jeden Widerspruch darniederschlägt. Wenn das römische

26) Gell. XX. 10. institutum contra XII tabulas tacito consensu. Die aus der Praxis des Centumviralgerichts hervorgegangene querela inoff. gehört dem dritten System an, wo ich auf sie zurückkommen werde.

Recht groß geworden ist, so verdankt es seine Größe allein dem Umstande, daß es jene Periode des traumartigen Daseins, in dem der Mensch die Hände in den Schooß legt, und der „Naturtrieb" das Beste thut, entweder nie gekannt oder frühzeitig überwunden hat und Gegenstand menschlichen Nachdenkens und bewußter Thätigkeit geworden ist. An der Passivität und der Anlage zum Träumen, die nöthig ist, um den Naturtrieb frei walten zu lassen, hätte es manchen Völkern schon nicht gefehlt, aber ein römisches Recht suchen wir bei ihnen vergebens, dazu gehörten eben Männer, die das Recht machten, anstatt es wachsen zu lassen.

Zu den bisher angegebenen speciell historischen Zeugnissen gesellt sich in meinen Augen noch ein anderer allgemeinerer Grund, mit dem ich die Annahme, daß das Gewohnheitsrecht im altrömischen Privatrecht eine erhebliche Rolle gespielt habe, nicht zu vereinen weiß. Dies ist der im ältern Recht so unverkennbar hervortretende Zug auch äußerer formeller Bestimmtheit.

Wie es dem ältern Recht widerstrebte, dem Vertrage d. i. dem formlosen individuellen Willen eine juristische Wirksamkeit zuzugestehen, so mußte es auch seiner ganzen Natur zuwider sein, dem formlosen allgemeinen oder s. g. objectiven Willen d. h. dem Gewohnheitsrecht eine solche einzuräumen. Nicht darin, daß beide formlos sind, liegt ihre Unvollkommenheit, sondern darin, daß ihnen mit der Form auch die Bestimmtheit abgeht. Ob Jemand sich durch ein formloses Versprechen bloß moralisch oder juristisch hat binden wollen, ist unter Umständen ebenso zweifelhaft, als ob einer Gewohnheit das Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit oder das einer bloß moralischen Verpflichtung zu Grunde liegt. Der Formalismus (§. 45—47) ist einer der hervorragendsten Grundzüge des ältern Rechts. Wie derselbe nun im Privatrecht zu den formellen Verträgen, im Prozeß zu den festen Klagformeln führte, so bei den Rechtsquellen, wenn er sich nicht hier allein verläugnen sollte, zur Erfassung und Entwicklung des Systems des geschriebenen Rechts gegenüber dem des ungeschriebenen.

Der privatrechtliche Verkehr läßt sich ohne Nachtheil festen,

unbeugsamen Regeln unterordnen; er bewegt sich in stereotypen Formen, und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebt; je genauer und bestimmter ihm seine Bahnen vorgezeichnet werden, desto vortheilhafter für ihn. Anders der Staat und das öffentliche Leben. Die Lagen, in die er geräth, so wie die zu ergreifenden Maßregeln sind nicht ebenso im voraus berechenbar, er muß auf das Ungewöhnliche gefaßt sein, mithin eine Verfassung von der nöthigen Biegsamkeit und Elasticität besitzen, um dem Ungewöhnlichen begegnen zu können. Ist dies nicht der Fall, hat vielmehr eine politische Kurzsichtigkeit seine Verfassung nach dem Muster eines Uhrwerks zugeschnitten, so bringt ein ungewöhnliches Ereigniß entweder eine Lähmung hervor oder zwingt die Staatsgewalt zum gewaltsamen Umsturz der Verfassung. Es beweist den hohen politischen Instinkt der Römer, daß sie, so sehr sie auch von ihrem Privatrecht her an die größtmögliche Fixirung und Objectivirung des Rechts gewöhnt waren, doch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sich nicht verleiten ließen, ein Gleiches zu erstreben. Während sie dem Magistrate bei der Civilrechtspflege durch das Gesetz in ängstlichster Weise die Hände gebunden hatten, verkannten sie nicht, daß in den Verhältnissen des öffentlichen Rechts nicht die todte Regel, sondern die freie Einsicht herrschen müsse, und sie verkümmerten der Magistratur nicht die Macht, Gutes zu thun, um ihr die Macht, Böses zu thun, zu entziehen (§. 35).

Am wenigsten hatte sich die Herrschaft des Gesetzes verwirklicht im Criminalrecht.[26a]) So lange das Volk selbst in seinen Comitien die Strafgerichtsbarkeit ausübte, war diese Form des Prozesses einer Fixirung der materiellen strafrechtlichen Grundsätze mindestens gesagt ungünstig. Allerdings enthielten die Zwölf Tafeln einige spezielle criminalistische Bestimmungen und nament-

26a) Gerade der Theil, für den unser heutiges Rechtsgefühl sie am meisten postulirt. Der Gegensatz unseres heutigen und des altrömischen Rechts ist in den beiden Sätzen enthalten: nulla poena sine lege und nulla actio sine lege (legis actio).

lich den allgemeinen Grundsatz, daß Capitalstrafen nur von den Centuriatcomitien erkannt werden dürften, auch werden in einigen Fällen leges und mores als Anhaltspunkte für die Anklage erwähnt,[27]) jedoch beweist die Art und Weise, wie das Volk die ihm zustehende Gewalt ausübte, daß es sich im allgemeinen durch Regeln nicht gebunden erachtete, sondern dem Totaleindruck des Falles, der Eingebung des Augenblicks, ja, wir möchten von unserm heutigen Standpunkt sagen, der reinen Laune und Willkühr folgte. Wie verschieden ward oft ein und dasselbe Verbrechen bestraft, und welche Gründe, die nach unserer heutigen Auffassung mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein haben, gaben hier den Ausschlag![28])

Man hat jene Strafgerichtsbarkeit des Volks als eine Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt bezeichnet, die Urtheile Gesetze für den einzelnen Fall genannt,[29]) und dieser Gesichtspunkt ist völlig zutreffend. Woher aber diese Erscheinung, daß das Volk des Rechts jene Trennung zwischen Recht und Rechtsanwendung, die eins der ersten Requisite für die Selbständigkeit und Gleichmäßigkeit des Rechts ist, auf dem Gebiete des Criminalrechts so spät vollzogen hat? daß, während das ganze Civilrecht im höchsten Grade von der Tendenz nach Festigkeit,

27) Liv. XXVI. 3 ... quominus seu legibus, seu moribus mallet anquireret.

28) S. hierüber E. Platner Quaestiones de jure criminum Romano quaest. I u. Geib Geschichte des römischen Criminalprozesses S. 125—128.

29) Geib a. a. O. S. 126: „Gleich wie nach griechischen Rechtsbegriffen war es auch in Rom entschiedener Grundgedanke, daß die Richter in Criminalsachen nicht bloß Diener des Gesetzes seien und als solche unter demselben stünden, sondern daß sie zugleich gewissermaßen als dessen Beherrscher betrachtet werden müßten und daher, so oft dies die Umstände verlangten, sogar über dasselbe sich erheben, gleichsam die Gesetzgeber für den einzelnen Fall vorstellen sollten." S. 127: „Das Volk war nicht bloß überall der Sache nach Gesetzgeber und Richter, sondern es vermengte auf diese Weise auch sehr häufig der Zeit nach jene beiden Eigenschaften, und dieselben flossen eben daher so sehr zusammen, daß sie selbst im Begriff sich kaum von einander unterscheiden lassen."

Bestimmtheit, Objectivität, Gleichmäßigkeit durchdrungen ist, das Criminalrecht sich so lange im gerade entgegengesetzten Zustande der äußersten Flüssigkeit und völligen Befangenheit in der Subjectivität der Gefühlsstimmung zu erhalten vermochte? Es hängt dies, wie ich glaube, mit der antiken Vorstellungsweise von dem Verhältniß des Bürgers zum Staat zusammen. Nach unserer heutigen Auffassung ist dasselbe ein bloß rechtliches, d. h. der Staat fordert von seinen Mitgliedern eine äußere Handlungsweise, die Gesinnung, aus der sie hervorgeht, ist ihm dabei nicht wesentlich. Der antike Staat hingegen verlangt nicht Handlungen, sondern eine bestimmte Gesinnung, aus der die nöthigen Handlungen dann von selbst im reichsten Maße und in schönster, edelster Weise hervorquellen: die Gesinnung der vollsten Liebe und Hingebung. Seine Anforderung ist also *sittlicher, innerlicher* Art, die des heutigen Staats *rechtlicher, äußerlicher*. Nicht durch ein äußeres legales Handeln konnte sich der Grieche und Römer mit seinem Staat abfinden, nicht auf dem Fuße gegenseitiger Abrechnung standen sie zu einander, bei dem es wohl, wie heutzutage, gar nicht einmal für unehrenhaft gilt, den Staat zu übervortheilen, sondern der Bürger gehörte mit allem, was er war und hatte, dem Staat an. Kein Gesetz brauchte ihn zu lehren, wie er sich äußerlich gegen den Staat zu verhalten habe, so wenig wie die Liebe solcher äußeren Anweisungen bedarf; das eigne Gefühl sagte es ihm. Darum war denn auch die strafrechtliche Censur, die der Staat gegen die Bürger ausübte, nicht auf einzelne, äußere Handlungen gerichtet, sondern sie umfaßte, wie der Staat selbst, das Individuum in seiner ganzen Persönlichkeit, und die strafbare Handlung, die bei uns die Bedeutung hat, *Gegenstand* der Untersuchung zu sein, hatte im Alterthum nur die, letztere zu *veranlassen*. Das Volk und der Verbrecher stehen sich hier in ihrer Totalität gegenüber; nicht einzelne Rechtssätze und Handlungen.[30]) Das Volk mit seiner ganzen Denk- und Gefühlsweise

30) Ein auf gleicher Stufe stehendes germanisches Institut war das der Eideshelfer, insofern nämlich als auch in ihm sich die Trennung zwischen

ist der Spiegel, worin der Verbrecher sich in seiner totalen sittlichen Existenz beschauen und zur Erkenntniß seines Abfalls vom nationalen Wesen gelangen soll; es ist das nationale Gewissen, das hier in seiner vollen Stärke an ihn herantritt, und dem gegenüber er sich nicht mit der Ausflucht der Unkenntniß oder des Mangels an ausdrücklichen gesetzlichen Verboten entschuldigen kann.[31]) Nicht die That wird schließlich an ihm gestraft, sondern die Gesinnung, aus der sie geflossen, und die mit der That keineswegs erst entstanden, sondern nur bei Gelegenheit derselben offenkundig geworden ist; nicht die Uebereilung einer schwachen Stunde, sondern der Werth des ganzen Lebens wird einer Prüfung unterworfen.

Diese Behandlungsweise hat etwas Schönes und Anziehendes, aber dies darf uns nicht abhalten zu erkennen, daß sie, so sehr sie auch relativ berechtigt war, doch einer unvollkommneren Stufe der Rechtsentwicklung angehörte. Jenes Recht, das für den einzelnen Fall zugleich geschaffen und angewandt ward, wie war es doch von der augenblicklichen Stimmung des Volks, von politischen Rücksichten und Einflüssen, kurz von Zufällen abhängig, die mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein hatten![31a])

That und Thäter noch nicht vollzogen hatte, die Eideshelfer vielmehr in derselben Weise, wie das Volk in den judiciis publicis statt der That den Charakter des Thäters ins Auge faßte, statt der zu beweisenden Handlung die Glaubwürdigkeit des Beweisführers beschworen.

31) Civem, sagt Platner a. a. O. p. 8, scire debere ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur.

31a) z. B. zur Befriedigung der Volksrache: Liv. 2, 35 se judicem quisque, se dominum vitae necisque inimici videbant; als Mittel für politische Zwecke: z. B. 37 58; 3, 59: hoc anno nec diem dici cuiquam nec in vincula duci quemquam sum passurus; 4, 41: von zwei desselben Verbrechens Angeklagten der eine verurtheilt, der andere freigesprochen. Ein reines Lotteriespiel!

Wie das Gewissen des Einzelnen nicht zu jeder Zeit gleich lebendig ist, so auch nicht jenes zum Richterspruch aufgerufene nationale Gewissen; je nach Zeit und Umständen bald strenger und reizbarer, bald nachsichtiger und indolenter, durch künstliche Mittel, durch Rede und Gegenrede, die sich ganz consequent vorzugsweise in der Gefühlssphäre bewegten, excitirt oder beschwichtigt, gewährte es dem Angeschuldigten in der That nicht die Garantie der wahren d. i. der sich selbst gleich bleibenden Gerechtigkeit. Auch in dieser Richtung läßt sich letztere nur erreichen auf dem Wege der Scheidung: der Aufhebung jener Identität des Gesetzgebers und Richters, der Befreiung des Rechts von den Einflüssen der Politik, der augenblicklichen Stimmung, der Trennung der That von der Persönlichkeit des Thäters,[31b]) kurz durch Objectivirung der Regel in Form des Gesetzes — ein Weg, den das römische Recht gegen das Ende der Republik eingeschlagen, die moderne Welt beibehalten hat, und den sie auch nie wieder verlassen wird.

Das Resultat unserer Prüfung des ältern Rechts besteht darin, daß das Maß, in dem der Trieb nach äußerer Fixirung in demselben hervortrat, nach den verschiedenen Seiten des Rechts ein verschiedenes war, die rein privatrechtliche Seite desselben in eben dem Grade von diesem Triebe beherrscht ward, als die öffentliche Seite desselben ihm Widerstand leistete. In dieser Verschiedenheit erblicke ich einen Hauptgrund des Vorsprunges, den die wissenschaftliche Cultur des Privatrechts vor der des Criminalrechts erlangt hat.[32]) Als letzteres in den Gesetzen über die

31b) Dieser Gegensatz, der für die Rechtspflege so außerordentlich wichtig ist, wird von Gellius XIV. 2, dem er bei Gelegenheit eines von ihm selbst zu entscheidenden Rechtsstreits entgegentrat, sehr gut betont: ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer.

32) In Deutschland haben entgegengesetzte Ursachen (Note 26a) entgegengesetzte Wirkungen zur Folge gehabt, wenigstens finde ich den Grund, warum

quaestiones perpetuae sich abzulagern begann, hatte ersteres bereits seit Jahrhunderten die Vortheile des Zustandes der Festigkeit genossen, wozu sich noch der Umstand gesellte, daß dieser Ablagerungsprozeß in eine nichts weniger als günstige Zeit fiel: in die der Auflösung der Republik.

2. Die innerliche Selbständigkeit des Rechts.

Ausscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral.

Inter ea relinquimus, quae ad judices deos mittimus.
Seneca de benef. III 16.

XXVI. Wir haben im bisherigen bloß die Bedeutung der Form des Rechts ins Auge gefaßt; aber mit der Form allein ist es nicht gethan. Was nützt der Uebergang von der Sitte zum Gesetz, wenn nicht zugleich das Recht sich innerlich zu sich selbst erhebt, wenn vielmehr, wie dies z. B. in den orientalischen Gesetz- und Religionsbüchern der Fall ist, der gesammte sittliche Stoff, der sich im Volk entwickelt hat, ungesichtet und ungetrennt in das Gesetzbuch hinübergeleitet wird? Jener primitive Zustand, von dem wir im vorigen Paragraphen gesprochen, soll in der Weise ein Ende nehmen, daß die verschiedenen Elemente der sittlichen Substanz: Religion, Recht, Moral u. s. w. sich innerlich scheiden; wo dies nicht der Fall ist, dennoch aber jener Fortgang von der mehr oder minder freien Sitte zu dem Gesetz Statt findet, stiftet derselbe mehr Schaden als Nutzen. Denn es erstarrt hier auch der Theil der sittlichen Welt, der flüssig bleiben sollte,[33]) es

das Criminalrecht in seiner wissenschaftlichen Ausbildung das deutsche Privatrecht überflügelt hat, vorzugsweise in der gemeinrechtlichen Fixirung desselben durch die Carolina.

33) Der Orient gewährt schlagende Belege. S. namentlich die meisterhafte Schilderung des Orients in Hegels Philosophie der Geschichte.

ist die Versteinerung der sittlichen Welt auf ihrer niedersten Entwicklungsstufe.

Wenn wir die Anforderung stellen, es solle das Recht sich innerlich und äußerlich losmachen von jener Gemeinschaft, sich zu sich selbst erheben, so setzen wir damit voraus, daß das Recht nicht eine bloße Form sei, deren Eigenthümlichkeit in dem äußern Zwange bestehe, geeignet, jeden beliebigen Inhalt in sich aufzunehmen, sondern daß es sein Maß und Ziel, sein substantielles Princip in sich selber trage. Allerdings ist nicht zu läugnen, daß das Recht nach Verschiedenheit der Völker und Zeiten bald diesen, bald jenen Inhalt hat, und immer ist der bestimmte Inhalt in dem bestimmten Staat Rechtens, allein vom Standpunkt unserer Ansicht aus werden wir uns bei dieser Thatsache nicht beruhigen, vielmehr den Inhalt einer Prüfung unterwerfen, ob er z. B. eigentlicher Rechtsstoff, wenn ich so sagen darf, oder nur gesetzlich normirte Moral, Klugheit u. s. w. ist. Wir werden darnach also die verschiedenen Rechte und Gesetzgebungen in Hinsicht auf ihren spezifischen Rechts-Gehalt mit einander vergleichen dürfen.

Unsere Darstellung berührt hier einen bedenklichen Punkt; es ist das Kap Horn der Rechtsphilosophie. Ich glaube mir eher den Dank, als den Vorwurf des Lesers zu verdienen, wenn ich mich diesem Punkt nicht zu nahe wage, sondern ihn vielmehr, so weit unser Zweck es verstattet, in möglichst weiter Entfernung zu umschiffen versuche.[34]) Dies ist in der Weise möglich, daß ich dem Leser einige charakteristische Züge des ältern Rechts vorführe, deren Bedeutung für unsere Frage sich auch ohne lange Vorrede begreifen läßt.

Für die innere Selbständigkeit des altrömischen Rechts ist zuerst der bereits früher (§. 18) entwickelte Gegensatz zwischen jus und fas bedeutungsvoll. Indem das fas die religiöse Substanz, die im primitiven Zustande das ganze Recht durchdringt, so weit sie eine rechtliche Beziehung hatte, zu einem separaten

34) Ich bemerke, daß ich mich, was den Unterschied von Recht und Moral anbetrifft, zu der Ansicht von Stahl Rechtsphilos. 2. Aufl. B. II Abth. 1 S. 161 bekenne.

Dasein ausgeschieden hatte, war damit das jus nach dieser Seite hin völlig frei geworden, von einem hemmenden fremdartigen Bestandtheil gereinigt. Jener Dualismus reicht unzweifelhaft weit über das historische Rom hinaus; er steht bereits an der Schwelle der Geschichte des eigentlichen römischen Rechts. Ob er zugleich ein ethnischer gewesen und durch das Zusammentreffen zweier Völker, von denen das eine das Recht als fas, das andere es als jus erfaßt hatte, nach Rom gebracht, oder ob er das Werk eines Volkes gewesen, bleibe dahingestellt; für das römische Recht, das ihn bereits vorfand, war er eine außerordentlich werthvolle Mitgift. Er versetzte von vornherein den römischen Geist auf eine Höhe der Rechtsanschauung und erhob das profane Recht zu einer Freiheit der Bewegung, zu der es manche orientalische Völker nie gebracht haben.

Wie nun das ursprünglich im Recht vorhandene religiöse Element, wenn ich so sagen darf, in das fas entwich, so das, was nach Ausscheidung dieses Elements noch an fremdartigen Keimen und Substanzen im Recht verblieb, in die Censur. Hier wie dort ward das hemmende Element nicht einfach zur Seite geschoben und abgethan; der römische Instinkt fand ein besseres Mittel, das Recht dagegen sicher zu stellen. Er wies jenem Element ein Feld außerhalb des Rechts an, wo es seine volle Befriedigung fand und eben darum nicht in Versuchung kam, sie innerhalb des Rechts und auf Kosten desselben zu suchen. Worin bestand dies Element? Die beste Antwort wird uns darauf die Censur selber ertheilen, deren eine Seite: die sittenrichterliche wir zu dem Zweck einer Beurtheilung unterziehen wollen.[35])

Betrachten wir die Fälle, wo der Censor einzuschreiten

35) Die Verbindung dieser sittenrichterlichen Function mit der censualen ist nicht so auffällig, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Nach dieser letzten Seite hin hatte die Censur die Statistik der Nationalkraft zu ihrem Gegenstande; damit war die Brücke zu der andern Function geschlagen: zu der Sorge für die Erhaltung der Nationalkraft. Letztere ist aber nicht bloß financieller, sondern auch sittlicher Art.

pflegte.[36]) Als solche werden uns genannt: Meineid, Ehebruch, leichtsinnige Ehescheidung, Ehelosigkeit, Grausamkeit gegen Untergebene z. B. auch gegen Sklaven, Schwelgerei, Verschwendung, selbst bloßer Luxus, Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse, unordentlicher Betrieb der Landwirthschaft, tadelnswerthes öffentliches Auftreten z. B. Haschen nach Volksgunst, Neuerungssucht, Verletzung der der Obrigkeit schuldigen Ehrfurcht u. s. w. Wie man aus diesem Verzeichniß sieht, beschränkte sich die Rüge des Censors nicht bloß auf eigentliche Unsittlichkeiten, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen, die sich mehr als unverständige, denn als unsittliche bezeichnen lassen, kurz solche, deren der römische diligens paterfamilias sich zu enthalten pflegte. Es waren nicht bloß die Interessen der Moral, die der Censor vertrat, sondern auch die der öffentlichen oder privaten ökonomischen Politik, er war der personificirte Kanon der Bauernmoral.

Diese Interessen meinte ich, wenn ich von einem dem Recht fremdartigen Element sprach, das in der Censur seine Befriedigung gefunden habe. Es liegt mir nichts daran, wenn man mir den Ausdruck: fremdartig bestreiten will; ich habe ihn nur gewählt, um den Gegensatz jener Interessen zum Rechtsprinzip recht scharf hervorzuheben. Ich will nicht in Abrede stellen, daß in jedem Recht Bestimmungen vorkommen, die ähnliche Zwecke verwirklichen sollen, aber wenn letztere sich auf dem Rechtsgebiete in den Vordergrund drängen dürften, so wäre es um die rechtliche Freiheit und folglich auch um das Recht selbst geschehen, denn die rechtliche Freiheit besteht eben darin, das Sittliche und Zweckmäßige aus eignem Antriebe zu thun.[36a])

36) S. Jarke Versuch einer Darstellung des censorinischen Strafrechts der Römer. Bonn 1824. Cap. 2.

36a) Die Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts bietet uns dazu viele Belege, sie erblickte nicht das geringste Anstößige darin, alles, was ihr zweckmäßig oder unzweckmäßig erschien, einfach durch das Gesetz zu gebieten oder zu verbieten. Diese Polizeiauffassung des Rechts gipfelt bekanntlich im chinesischen Recht, den äußersten Gegensatz zu ihr bezeichnet das englische und nordamerikanische Recht. Beispiele aus dem türkischen Recht bei Nik. von

Wir haben die Censur früher (§. 14) als eine dem Familienprinzip entwachsene Einrichtung bezeichnet; ihr Vorbild war die Oberaufsicht, welche die Gens über ihre Mitglieder ausübte. Aber innerhalb der Gentilverfassung trat die Scheidung, welche in dem Gegensatz der Censur zum Recht ihren Ausdruck gefunden hatte, noch nicht hervor. Die Gens umfaßte unterschiedslos die gesammte sittliche, rechtliche, politische und religiöse Existenz ihrer Mitglieder. Als das Privatrecht — Dank sei es der Plebs — sich aus den Banden des patricischen Familienprinzips losriß, (§. 21) und das Rechtsprinzip in seiner ganzen Schärfe zum Durchbruch kam, ward das Gleichgewicht zwischen Recht und Sitte, das bisher innerhalb des Rechts selbst lag, von außen durch das in der Censur geschaffene Gegengewicht erhalten. Nicht dahin schlug jetzt die Ansicht um, als ob jene Freiheit, wie sie das Recht proklamirte, in ihrer ganzen Zügellosigkeit sich geltend machen solle; das Temperament des Rechts, das bisher im Recht selbst gelegen, ward nur nach außen hin verlegt. Nach wie vor sollte die Ehe heilig gehalten werden, sollte der Vater sich der Grausamkeiten gegen seine Kinder enthalten, der Eigenthümer mit Maß und mit der seiner Familie schuldigen Rücksicht sich seines Eigenthums bedienen. Aber nur als sittliche, durch das öffentliche Organ des Censors an ihn gerichtete Anforderung ward diese Erwartung ausgesprochen; das Recht erkannte ihm die Freiheit zu, das Gegentheil zu thun. Die außerordentliche Ausdehnung, die man dieser rechtlichen Freiheit gegeben (§. 30), zeigt das große sittliche Selbstvertrauen der Zeit. Man könnte darin auch unge-

---

von Tornauw Moslemitisches Recht, Leipz. 1855 S. 56, 83, 92, 93. „Es unterliegen daher alle Handlungen der Moslemen, ihre Beschäftigungen, Gewerbe und Vereinbarungen, ja sogar in gewissen Fällen ihre Worte und Ausdrücke der Beurtheilung der Scheri'et-Gerichte. Alles, was nicht in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Scheri'et geschieht, gilt als ungesetzlich und wird für botil d. i. für null und nichtig erklärt" (S. 56). Vorschriften über das den Thieren zu gebende Futter nach Quantum und Qualität, Begießen der Bäume (S. 83).

kehrt den Beweis eines sittlichen Indifferentismus finden wollen, allein ein Blick auf die Censur macht dies unmöglich, sie setzt das Interesse, welches der Staat an der Sittlichkeit nahm, in das hellste Licht. Wenn letzterer der rechtlichen Freiheit einen so ungewöhnlich weiten Spielraum anwies, so berechtigt dies zu dem Schlusse, den das ältere Leben uns bestätigt, daß er dies konnte, d. h. daß die Zeit sittliche Kraft genug besaß, um jene Freiheit mit Mäßigung zu benutzen, und daß der Censor im Stande war dem etwaigen Mißbrauch zu steuern. Später mußte dies durch gesetzliche Beschränkungen geschehen, und diese Verschiedenheit des Mittels, dessen die frühere und die spätere Zeit sich zu demselben Zweck bediente, ist für beide gleich charakteristisch.

Der positive Charakter der Censur als Beschirmerin und Pflegerin der Sitte und ihr negativer Charakter, ihre Gegensätzlichkeit zum Recht, ist in der ganzen Structur des Instituts festgehalten. Das Recht ist fest und geschrieben, die Sitte und das ihr zu Grunde liegende sittliche Gefühl ist flüssig, und darum äußert sich jener Trieb, der sonst in so hohem Grade in der römischen Welt hervortritt, der Trieb nach Festigkeit, Bestimmtheit, also bei Normen, die im Leben zur Anwendung kamen, nach Aufzeichnung, nicht auf dem Gebiete der censorischen Sittenpolizei.[37]) Warum entwickelte sich nicht auch hier in ähnlicher Weise wie in der Praxis der Prätoren ein edictum perpetuum, ein officieller römischer Sittlichkeitscodex?[38]) Daran zeigt sich wieder der römische Takt, daß er hier das Wesen der freien Sitte und des individuellen Sittlichkeitsgefühls im Gegensatz zu der Gebundenheit und Objectivität des Rechts festzuhalten verstand. Er war der Versuchung gewachsen, die in nicht geringem Grade in dem Cha-

37) Varro de lingua lat. lib. V. p. 58. Praetorium jus ad legem, censorium judicium ad aequum aestimabatur.

38) Es werden Edikte der Censoren erwähnt, wodurch gewisse Arten des Luxus untersagt wurden, Plinius hist. natur. lib VIII c. 77, 78, 82, lib. XIII c. 5, allein daß sie keine Antwort auf die im Text aufgeworfene Frage enthalten, brauche ich kaum zu bemerken.

rakter der Censur als einer Staatsanstalt lag, und welcher der Geist des Orients erlegen wäre, der Versuchung nämlich, die sittlichen Grundsätze zu fixiren und zu normiren und dadurch die freie Bewegung des sittlichen Geistes zu erschweren. Die römische Religiosität erstarrte, die römische Sittlichkeit nicht.[39])

Wie Recht und Sitte, so stehen sich auch der Richterspruch und das censorische Urtheil entgegen.[40]) Ersterer stützt sich auf die objective Basis des Gesetzes und ist unumstößlich, so wie er erlassen. Das Urtheil des Censors hingegen enthält den Ausdruck des subjectiven sittlichen Gefühls und ist widerruflich. Der Spruch des Richters hat rechtliche Wirkungen, der des Censors nicht. Was letzterer auch geboten und verboten haben mag, rechtlich bindet es nicht.[41]) Das Mittel, das ihm zu Gebote steht, um zu strafen oder durch Androhung desselben abzuschrecken und zu zwingen entspricht gleichfalls dem Gesichtspunkt, der die ganze Censur beherrscht. Es besteht nicht in Vermögens-, Freiheits- oder Leibes-Strafen, sondern es ist dasselbe Mittel, vermöge dessen auch ohne Censur das öffentliche Sittlichkeitsgefühl überall gegen eine ihm zugefügte Verletzung reagirt. Die öffentliche Mißbilligung, welche die nächste Folge einer solchen Verletzung ist, gestaltet sich bei dem Censor zur nota censoria, der öffentlichen Rüge. Zu ihr gesellt sich als höchster Grad censorischer Strafe die Ausschließung aus dem politischen Kreise, dem der Schuldige angehörte, dem Senat, Ritterstande, der Tribus; sie hat gleichfalls ihr Vorbild an der factischen Ausschließung von allen freien Ge-

39) Daß die Religiosität und Sittlichkeit in Rom sich gegenüberstellen lassen, darüber habe ich mich schon früher (§. 21) ausgesprochen.

40) Cicero pro Cluentio c. 42. Majores nostri (animadversionem et auctoritatem censoriam) nunquam neque judicium nominaverunt, neque perinde ut rem judicatam observaverunt.

41) So bedeutend auch der Einfluß des Censors, so hoch die Achtung war, deren er genoß, so würde er doch nie gewagt haben, die Prätension zu erheben, daß seinen Verfügungen rechtliche Wirksamkeit zustehen z. B. ein Kaufcontrakt über irgend einen Luxusartikel nichtig sein solle, weil er, der Censor, in seinen Edikten den Handel mit solchen Luxusartikeln verboten habe.

meinschaftsverhältnissen, welche die öffentliche Meinung auch ohne Uebereinkunft über den sittlich Unwürdigen zu verhängen pflegt.

Es liegt auf der Hand, daß der Gegensatz zwischen Recht und, ich will der Kürze wegen sagen, Moral, um in der Censur äußerlich zu werden, innerlich in der römischen Rechtsanschauung bereits vorhanden gewesen sein muß. Allein, wie alles Innerliche erst dadurch festen Bestand erlangt, daß es äußere Formen annimmt, wie letztere erhaltend und kräftigend auf dasselbe zurückwirken, so verhält es sich auch mit jenem Gegensatz zwischen Recht und Moral. Die äußerliche Verkörperung der Moral in der Censur hielt bei der Rechtsbildung und Rechtspflege den eigenthümlichen Gesichtspunkt, den das Recht zu verfolgen hat, stets lebendig.[41a]) Der Jurist, der die Rechtsgrundsätze entwickelte und zu ihren Consequenzen verarbeitete, der Richter, der sie anzuwenden hatte, weder sie kamen in Versuchung, den moralischen Gesichtspunkt hineinzumischen, noch auch das Volk in Versuchung, ihnen eine Rolle zuzumuthen, die durch den Censor hinlänglich vertreten war. Ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, wenn man behauptet, daß der Censor wesentlich dazu beitrug, Stellung und Aufgabe des römischen Richters ihm selbst und dem Volk verständlich zu machen; der Unterschied der censorischen und der richterlichen Urtheilsfällung und damit die Rechtfertigung der letzteren war jedem Römer geläufig.[42]) Wie ungleich schwieriger ist in dieser Beziehung die Stellung des heutigen Richters; nicht bloß, daß er selbst leichter in Gefahr kömmt, dem moralischen Ge-

41a) Ahrens Juristische Encyclopädie I S. 340 erblickt gerade in dieser scharfen Scheidung beider Sphären einen Mangel, den das germanische Recht glücklich genug gewesen sei vermieden zu haben. Es hängt dies mit der gesammten Rechtsauffassung der Krause'schen Schule zusammen, die meiner Ansicht nach dem specifisch rechtlichen und juristischen Moment viel zu wenig gerecht wird.

42) S. z. B. in dem Rechtsfall bei Gellius XVI. 2 die Argumentation des Beklagten: quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud judicem privatum agi, non apud censores de moribus.

fühl einen Einfluß auf die Entscheidung zu verstatten, sondern die strenge Festhaltung des rechtlichen Gesichtspunktes ist gerade das, was man ihm heutzutage so oft zum Vorwurf macht — ein Vorwurf, der unterbleiben würde, wenn auch wir heutzutage von dem Spruch des Richters an den des Censors appelliren könnten.

Eine Einrichtung der spätern Zeit, die mit der Censur eine gewisse Aehnlichkeit hatte, waren die geistlichen Gerichte des Mittelalters. Wie neben dem Prätor der Censor, so standen sie neben den weltlichen Gerichten; beide verfolgten selbständig und unabhängig ihren eigenen Weg und ihren eigenthümlichen Gesichtspunkt: den der sittlichen Reinheit der Gemeinschaft, nur beim Censor mit mehr politischer, bei den geistlichen Gerichten mit mehr religiöser Färbung. Beide hatten als äußerstes Strafmittel die Ausschließung aus der (politischen, religiösen) Gemeinschaft. Beide vermittelten das abstracte Recht mit den Anforderungen der Sitte und des sittlichen Gefühls. Auch darin trifft dieser Vergleich zu, daß mit dem Verfall beider Anstalten das Recht, da es jetzt sein äußeres Gegengewicht verlor, sich in sich selbst verändern und manche von den Grundsätzen aufnehmen mußte, die früher durch jene Anstalten zur Anwendung gebracht worden waren. Diese mit dem Verfall der Censur eintretende Aenderung im römischen Rechte gehört dem dritten Systeme an und wird dort erörtert werden, aber es mag schon hier die Bemerkung Statt finden, daß die Festigkeit und Klarheit des Rechts nicht dadurch beeinträchtigt wurde. Der Krystallisationsprozeß desselben war beendet: was während desselben hätte schädlich wirken können, vermochte dies nachher nicht mehr; mochte man jetzt auch die strenge Absperrung des Rechts aufheben und dem sittlichen Element Eingang verstatten: wohin letzteres auch drang, es fand feste, scharfe Formen vor, die sich nicht mehr auflösen ließen.

In der Censur offenbarte sich jener Gegensatz zwischen Recht und Moral, der im römischen Sittlichkeitsgefühl bestand. Was war aber der Grund dieses Gegensatzes? worin lag das constitutive Prinzip des Rechts? Als solches erscheint mir das subjective

Prinzip, wie ich es seinen ursprünglichen Keimen nach bereits früher (§. 10—12) geschildert habe und in seiner genaueren Gestaltung in diesem Buche vorführen werde. Die subjective Rechtssphäre eine That und Production des Individuums und darum lediglich seiner Autonomie anheimgestellt, die Unstatthaftigkeit aller Eingriffe in dieselbe gegen den Willen des Berechtigten, sei es von Seiten Einzelner, sei es von Seiten des Staats — das war die Quintessenz des römischen Rechtsgefühls. Die XII Tafeln hatten diese Autonomie in ihrer doppelten Richtung auf Geschäfte unter Lebenden und auf letztwillige Verfügungen ausdrücklich anerkannt, und Jahrhunderte lang betrachtete man dieses Anerkenntniß als eine unantastbare Errungenschaft. So hatte das römische Gefühl einen bestimmten Maßstab in sich, was rechtliche, was sittliche Pflicht sei; als erstere galt nur die, welche man durch eigne That und in rechtlicher Form übernommen hatte. Und diese Form, in der ein so leichtes Kriterium alles Rechtlichen lag, war in so hohem Grade ausgebildet, daß das Rechtsgebiet wie durch sein materielles Prinzip, so auch durch seine formelle Aeußerlichkeit den unverkennbarsten Gegensatz zu dem Reich der sittlichen Pflichten bildete. Wenn ein Römer eine Handlung vornahm z. B. ein Versprechen ablegte, so war er sich stets bewußt, auf welchem von beiden Gebieten er sich bewegte. Ein juristisch und moralisch bindendes Versprechen, wie weit lagen sie in der Vorstellung der Römer auseinander, wie fließen sie in unserer heutigen Auffassung ineinander über! Hat man doch für beide ein und dasselbe Prinzip aufgestellt: ein gegebenes Versprechen müsse gehalten werden. Heutzutage ist es möglich, daß Jemand etwas verspricht, ohne sich darüber klar zu sein, ob er sich rechtlich oder bloß moralisch binden wolle, das Gebiet des Rechtlichen und Moralischen ist heutzutage nicht durch bestimmte äußerlich erkennbare Gränzen geschieden, die den Uebergang von dem einen Gebiet zum andern nothwendigerweise ins Bewußtsein bringen. Bei den Römern hingegen lagen diese Gebiete weit auseinander, ihnen war der Gegensatz zwischen Recht und Moral im Ganzen sowohl wie in seiner Er-

streckung und Anwendung auf die kleinsten Lebensverhältnisse geläufig und stets gegenwärtig, sie konnten nie in Versuchung kommen, eine sittliche Pflicht klageweis geltend zu machen oder sich mit einer moralischen Verpflichtung abfinden zu lassen, wo sie eine juristische hatten begründen wollen.

Zu der Ansicht, von der wir hier ausgegangen sind, daß nämlich das Recht seinen Grund in sich selbst getragen habe, steht eine neuerdings ausgesprochene Behauptung[43]) im entschiedensten Gegensatz, die Behauptung nämlich, „daß nach römischer Ansicht der Wille des Volks als einziger Grund des Rechts gegolten habe, der Gedanke aber, daß es *über* dem Willen des Volks noch eine diesen Willen beherrschende sittliche Potenz gebe, den römischen Juristen völlig fremd gewesen sei." Wenn zum Beweise dieser Behauptung darauf verwiesen wird, daß die römischen Juristen das Recht als Product des Volkswillens bezeichneten, daß sie die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf die stillschweigende Einwilligung des Volks stützten, daß es dieselben wenig interessirt habe, was das Volk getrieben habe, sein Recht so oder so zu gestalten, so läßt sich darauf einfach erwidern: ob denn die Juristen, wenn sie den Begriff des Gesetzes, Gewohnheitsrechts u. s. w. angeben wollten, sich auf eine speculative Untersuchung über die

43) C. A. *Schmidt* Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. S. 66, 67. Es ist vielleicht selten ein verkehrteres Urtheil über das römische Recht gefällt, und bedürfte es für mich einer Rechtfertigung meines ganzen Unternehmens, ich würde sie schon darin finden können, daß heutzutage noch solche Urtheile möglich sind. Daß sie möglich sind, ist insofern Schuld der Wissenschaft, als sie diese und ähnliche allgemeinere Fragen bisher gar nicht zu berühren pflegte, wenn ich gleich damit den genannten Schriftsteller nicht von aller Schuld frei sprechen will, denn so schwer fällt es in der That nicht sich aus den Quellen über diese Frage zu belehren, und bei einer solchen Fundamentalfrage hätte das römische Recht dies wohl von ihm erwarten können. — Es ist mir erfreulich, jetzt (in der zweiten Auflage) auf die Zustimmung verweisen zu können, welche die im Text vertheidigte Ansicht bei *Ahrens* Jurist. Encyclopädie I S. 350—352 (1855) und *Röder* Grundgedanken und Bedeutung des röm. und germ. Rechts S. 72 fl. (1855) gefunden hat.

letzten Gründe des Rechts hätten einlassen sollen, und ob denn nicht in der ganzen Welt der juristische Grund der Gültigkeit des positiven Rechts darin liegt, daß es Wille dieses Staats ist, diese Gültigkeit nicht aber davon abhängt, ob das Gesetz den subjectiven Vorstellungen des Richters von Sittlichkeit u. s. w. entspricht. Daß aber die Römer, wenn sie auch den Willen des Volks als formalen Grund der Gültigkeit der Gesetze bezeichneten und bezeichnen mußten, dennoch nicht diesen Volkswillen d. h. die Willkühr als Prinzip des Rechts ansahen, nicht der Ansicht waren, „daß das Recht erst im Staate durch das Gesetz entstehe," läßt sich bis zur Evidenz nachweisen. Zuerst erinnere ich an das Fas, das in dem Willen der Götter seinen Grund hatte und dem Prinzip nach der Volkssouveränetät eine unübersteigliche Schranke entgegensetzte. Sodann aber: stützte sich nicht auch das Jus wie alles, was im römischen Staat bestand und geschah, wenigstens auf die Zustimmung der Götter, wenn es auch den Willen des Volks zu seinem Inhalt hatte? Man nenne immerhin die Einholung der Zustimmung der Götter durch die Auspicien eine leere Formalität, durch die das Volk sich in seinem materiellen Wollen nicht beschränkt finden konnte: der Idee nach ist damit wenigstens die Unterordnung des Volkswillens unter den göttlichen anerkannt, und auch in der Praxis mußte sich derselbe bekanntlich nicht selten dem Widerstand von dieser Seite fügen. Das ganze erste Buch der Schrift von Cicero über die Gesetze ist der Ausführung des Gedankens gewidmet, daß der bloße Volkswille, wenn auch Form, so doch nicht Prinzip des Rechts sei,[44]) und seine Reden[45]) enthalten eine Reihe schwungvoller Ergüsse, in denen er

---

44) Cic. de leg. I. 16 Quod si populorum jussis ... jura constituerentur, jus esset latrocinari, jus adulterare, ... si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur. S. auch daselbst II. 4, 5.

45) Cic. pro Caecina c. 33: Sed quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis: non quidquid populus jusserit, ratum esse opor-

für das Recht des Subjects gegenüber dem souveränen Volksbelieben in die Schranken tritt.[46])

Aber ganz abgesehen von solchen Aussprüchen der Römer selbst bedarf es nur eines Blickes auf das subjective Prinzip (§. 10—12), um sich von der Irrigkeit der obigen Behauptung zu überzeugen. In welchem Umfange sich dies Prinzip praktisch bethätigen durfte, hing allerdings von der Gesetzgebung ab, es existirte praktisch nicht weiter, als die Gesetzgebung es anerkannt hatte, aber so wenig der Richterspruch darum als Grund und Quelle des durch denselben festgestellten subjectiven Rechts gilt, weil letzteres nicht weiter besteht, als es rechtskräftig anerkannt ist, ebensowenig läßt sich aus demselben Grunde die gesetzgebende Gewalt des römischen Volks als Grund des Rechts bezeichnen.[47]) Nicht das war die römische Vorstellung, als ob das Recht erst mit dem Staat und der Gesetzgebung in die Welt gekommen; nicht weil es Gesetz, war es Recht, sondern weil es Recht, war es Gesetz. Das concrete wie das abstracte Recht verdankt dem Gesetz nicht seine Existenz, sondern bloß seine formelle Anerkennung.[48])

---

tere; pro Balbo c. 13: O jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata, ne quis .... invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum; pro domo c. 30: majores nostri ... de civitate et libertate ea jura sanxerunt, quae nec vis temporum, nec potentia magistratuum, nec res judicata, nec denique universi populi Romani potestas, quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit.

46) Mit der Clausel der Gesetze: si quid jus non sit rogari, ejus hac lege nihilum rogatum, die ich in der ersten Auflage für die obige Ansicht geltend gemacht hatte, hatte es eine besondere Bewandniß (III. 224).

47) Dieselbe Verwechslung, die der oben genannte Schriftsteller sich hier hat zu Schulden kommen lassen, brachte vor Jahren Savigny'n wegen seiner Lehre über die Entstehung des Rechts den Vorwurf der demokratischen Tendenz ein. S. über diese Verwechslung Stahl Rechtsphilos. Aufl. 2. B. 2. Abth. 1. S. 193.

48) Man vergleiche z. B. die bekannte Stelle bei Cicero pro Caecina

Das ältere Privatrecht, aus dem die Ursprünglichkeit, Selbständigkeit, die gewaltige Kraft und der Trotz des individuellen Rechtsgefühls uns von allen Seiten anschaut, und jene moderne Idee, die ihm untergelegt werden soll — in der That es kann kaum schneidendere Gegensätze geben, und ein alter Römer würde diese ihm angedichtete Vorstellung, als wenn er sein Recht lediglich dem Staat verdanke, als ob die Rechtsgrundsätze, die einem Römer nicht minder hoch und theuer waren, als andern Völkern die religiösen Glaubenssätze, ein Gegenstand des bloßen Volksbeliebens seien — willkührlich eingeführt, willkührlich wieder aufzuheben — mit Entrüstung zurückgewiesen haben. Der Staat brachte ihn nicht in die Lage, sich über die Mißachtung seines Rechts zu beschweren (§. 28).

3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölftafeln — Gründe dieser Erscheinung — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio.

Antiquitas patrona auctoritatis legum.
Baco a Verulam.

XXVII. Das Gesetz bleibt, das Leben schreitet weiter. Wenn beide sich von vornherein auch noch so sehr im Einklang befanden, es kommt der Moment, wo diese Eintracht aufhört, wo das Gesetz als unbequem oder lästig empfunden wird. Was thun? Wer wird darauf nicht antworten: das Gesetz beseitigen und ein neues passenderes erlassen? Es gibt aber noch eine andere Antwort

c. 26: fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

darauf: das Gesetz behalten und die Unbequemlichkeiten auf andere Weise beseitigen oder verringern, sonst aber sie ertragen, und für diese Antwort entschied sich das römische Volk. Warum?

Das Verhältniß des Volks zu seinem Recht ist gleich der Ehe. Wo eine wirkliche Liebe vorhanden ist, wird die Ehe nicht beim ersten Zerwürfniß getrennt; nur da, wo das Verhältniß ein äußerliches war, folgt der Entzweiung leicht die Scheidung. Ein Volk, dem das Recht nicht äußerlich angetraut ist durch die Gewalt, sondern welches sich dasselbe selber erkoren und vielleicht mit schweren, blutigen Kämpfen hat erringen müssen, ein solches Volk erblickt in seinem Recht ein kostbares, werthvolles Gut, das es nicht leichtsinnig opfert, sobald es nicht allen seinen Wünschen mehr entspricht. Und diese Treue und Ausdauer macht sich bezahlt, sie ärndtet ihren Lohn in dem Zuwachs an moralischer Kraft, den schon das bloße Alter dem Gesetze verleiht. Es ist ein ganz anderes Ding um Gesetze, die wir selber haben entstehen sehen, vielleicht mit machen helfen, und um solche, die wie ein ehrwürdiges Stück Geschichte unseres Volkes aus ferner Vergangenheit in die Gegenwart hineinragen. Die Pietät stellt sich erst beim Enkel ein,[49]) die Pietät bekleidet das Gesetz mit einer Weihe, die selbst der Willkühr imponirt. Nur da gelangt *das* Gesetz zu seiner wahren Kraft, wo *die* Gesetze alt werden. Wo im raschen Wechsel ein Gesetz das andere drängt, geht mit dem Ansehn *der* Gesetze auch die Macht *des* Gesetzes unter.

Die Zwölf Tafeln, welche die Grundlage des gegenwärtigen Systems bilden, liefern uns für das Gesagte ein lehrreiches Beispiel. Die Dauerhaftigkeit des Gesetzes im allgemeinen ist so bekannt, daß ich darüber nichts zu bemerken brauche.[50]) Dagegen

---

49) Aus den Mortalitätstabellen und der mittleren Lebensdauer der Gesetze ließe sich also, von besondern Verhältnissen abgesehen, ein Schluß auf die moralische, dem Recht zu dieser Zeit innewohnende Kraft machen — für unser heutiges Verfassungsleben dürfte er schwerlich verkehrt sein!

50) Livius sagt in der bekannten Stelle III. 34 von diesem Gesetz: qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum

fordern aber die Gründe dieser Dauerhaftigkeit so wie die Bedeutung, die sie für die Entwicklung des römischen Rechts hat, um so mehr zu einem nähern Eingehen auf.

Was jene Gründe betrifft, so kamen zu der Eigenschaft des römischen Volks, die den allgemeinen Grund für die Dauerhaftigkeit der römischen Rechtseinrichtungen überhaupt bildet, seiner conservativen Tendenz, (I. §. 20) noch ganz besondere Gründe hinzu, die sich nur oder vorzugsweise auf das Zwölftafeln-Gesetz bezogen und demselben gleich von vornherein eine große Festigkeit verliehen. Zuerst die Art seiner Entstehung. Für die physische wie die moralische Welt gilt gleichmäßig der Satz, daß das mit Schmerzen Geborene einen ganz andern Werth für uns hat, als das leicht Gewonnene. Ueber das Schicksal der Gesetze entscheidet nicht immer ihr Inhalt, sondern auch ihre Entstehungsweise, nicht bloß die Mühelosigkeit oder Mühsamkeit derselben, — was uns hier allerdings allein interessirt — sondern ihre Entstehungsweise überhaupt; auch für die Gesetze gibt es glückliche und unglückliche Sterne, unter denen sie geboren werden, und der Beruf des Gesetzgebers bewährt sich nicht bloß daran, die rechte Saat, sondern auch die rechte Zeit der Aussaat zu treffen.

Das Zwölftafeln-Gesetz war ein mühsam errungenes Gut, das auch das spätere Geschlecht an die Kämpfe erinnerte, die es gekostet, so wie an den Werth, den man auf die Erlangung desselben gelegt hatte. Es war aber nicht bloß ein Gesetz, eine Summe von Rechtssätzen, sondern die Rechtssätze waren zugleich Rechte im subjectiven Sinn, das Gesetz war die Magna Charta, der Freibrief der Plebs, die eifersüchtige Aufrechthaltung und Bewachung desselben nicht bloß eine Sache des Standesinteresses, sondern auch der Standesehre.

---

cumulo fons omnis publici privatique est juris. Noch zu Ciceros Jugendzeit pflegten die Knaben die Zwölf Tafeln auswendig zu lernen (de legib. II. 23), und die klassischen Juristen schrieben noch zwei Jahrhunderte später Commentare zu denselben.

Für das abstracte, in beziehungsloser Allgemeinheit auftretende Gesetz, für die bloße Rechtsregel erwärmt sich Niemand, vergießt Niemand sein Blut, aber in unseren Rechten steckt unsere Person und unsere Ehre, wird sie verletzt, mißhandelt, behauptet. Wo das Recht nicht, wie bei den Völkern des Orients, seine Festigkeit und Kraft der göttlichen Weihe entnimmt, ist die Form der Erwerbung und Schätzung desselben als eines subjectiven Rechts dieses Standes, Volks (Privilegien, Freiheiten u. s. w.) weitaus die wirksamste; die Rechtsgeschichte aller abendländischen Völker liefert uns Beispiele in Menge dafür.

So auch Rom in seinem XII Tafeln-Gesetz. Die Festigkeit und Unantastbarkeit, die das Gesetz den angegebenen Umständen verdankte, artete aber keineswegs in Stagnation aus, das Gesetz blieb Jahrhunderte lang die Grundlage des ganzen Privatrechts und Civilprozesses,[51]) allein ohne die Fortbildung des Rechts durch Doctrin und Praxis auszuschließen.

Das Recht, das sich auf diesem Wege einer freien Entwicklung des Zwölftafeln-Gesetzes bildete, nennen die Römer jus civile im engern Sinn, die Mitwirkung der Juristen bei diesem Werke interpretatio. Es war nicht eine bloße Auslegung des Gesetzes, sondern, wie dies der Name selber andeutet (interpres Vermittler, Unterhändler), eine Vermittlung zwischen dem geschriebenen Recht und dem Leben. Also die Zurichtung des Rechts zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung, die prozessualische Formulirung, die Verarbeitung desselben zum Zweck des Verkehrs, die Ausarbeitung von Formularen für Contracte, Rechtsgeschäfte, letztwillige Dispositionen aller Art, die Entdeckung von Mitteln und Wegen, um rechtliche Zwecke, deren unmittelbare Verfolgung hätte zweifelhaft sein können, auf indirecte Weise möglich zu machen (§. 56—58). Durch die Anerkennung des Prinzips der Autonomie in ihren drei Hauptrichtungen: auf Rechtsgeschäfte unter Leben-

51) Die staatsrechtlichen Bestimmungen der XII Tafeln wurden durch die spätern Fortschritte der Plebs bald antiquirt.

den,[52]) auf letztwillige Verfügungen[53]) und auf das Associationswesen[54]) hatte das Gesetz der freien Bewegung des Verkehrs von vornherein einen weiten Spielraum geöffnet, und die Jurisprudenz sorgte dafür, daß diese Bewegung sich nicht ins Formlose verlief, sondern in feste Bahnen gelenkt wurde (§. 42). Aber auch bei der eigentlichen Interpretation der Bestimmungen des Gesetzes wußte die Jurisprudenz dem fortgeschrittenen Bedürfniß des Lebens gerecht zu werden, das Gesetz auf der Höhe der Zeit zu erhalten. Der Verlauf der Darstellung wird uns Gelegenheit geben (§. 44), den Charakter der altrömischen Interpretation genauer kennen zu lernen und uns zu überzeugen, daß die Jurisprudenz es keineswegs als ihre Aufgabe ansah, sich den Worten des Gesetzes sclavisch unterzuordnen, sondern dasselbe zu ergänzen, fortzubilden und über sich selbst hinaus zu führen. Es fehlt nicht an Beispielen, daß die Juristen in Widerspruch mit den Worten des Gesetzes neue im Lauf der Zeiten nothwendig gewordene Rechtssätze einführten[55]) oder von hergebrachten Interpretationen, wenn sie nicht mehr paßten abgingen,[56]) der analogen Erweiterung der

---

52) Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

53) Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

54) L. 4 de colleg. (47. 22). Gajus Lib. 4 ad leg. XII tab. Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

55) Ich erinnere z. B. an die Einschränkung des agnatischen Erbrechts der Weiber auf den Grad der consanguineae Gaj. III. §. 14, 23. Ulpian. XXVI. 6. Paul. sent. rec. IV. 8. §. 22: ... idque jure civili voconiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit. S. auch l. 120 de V. S. (50. 16) Verbis legis XII tabularum ..... latissima potestas tributa videtur ... sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

56) So z. B. bei der usucapio pro herede (Gaj. IV. §. 54: .. olim ipsae hereditates usucapi credebantur ... postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse), hinsichtlich der Annahme eines

Bestimmungen des Gesetzes ganz zu geschweigen.[57]) Kurz das Gesetz war nichts weniger als ein todter Buchstabe, der die Gegenwart gewaltsam an den Standpunkt der Vergangenheit kettete, sondern es war eine lebendige Macht, die mit der Zeit gleichen Schritt hielt. Wer wie Cicero einige Jahrhunderte später den majestätischen Baum vor Augen hatte, den die Jurisprudenz aus dem schwachen Reis gezogen hatte, mochte sich der Täuschung hingeben, als habe auf Erden nie etwas so Vollendetes das Licht der Welt erblickt, als die XII Tafeln-Gesetzgebung[58]) — er sah ursprünglich was sie *geworden*, nicht was sie *war*.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und Verwaltung zur Justiz.

> Majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuere privatis, quae ad modum publicum pertinebant, ... ut in suis finibus proprium jus tam res publica quam privata haberent.
> Frontinus de aquaed. c. 128.

XXVIII. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, wie drei für das gedeihliche Wachsthum des Rechts ungemein wichtige Momente bei dem ältern römischen Privatrecht zusammentrafen:

---

furtum an unbeweglichen Sachen, hinsichtlich der Auslegung des Verbots der Usucapion von res furtivae.

57) z. B. die Berufung des Patrons zur Tutel. Ulp. XI. 3.

58) Cicero de orat. I. c. 44: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare ..... Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum

die frühzeitige Codification, die dasselbe zur Selbständigkeit in der Form erhob, die Ausscheidung der dem Fas und der Censur zufallenden Zwecke und Aufgaben, welche ihm die Selbständigkeit der begrifflichen Entwicklung, die Möglichkeit der reinen Ausbildung des privatrechtlichen Prinzips gewährte, und endlich der Charakter der Unantastbarkeit des XII Tafeln-Gesetzes, welcher ihm während mehrerer Jahrhunderte eine unverrückbare, feste Grundlage sicherte. Aber die Selbständigkeit des Rechts beruht nicht bloß darauf, daß sein inneres Wesen im Gegensatz zu verwandten Gebieten nach Form und Inhalt richtig erkannt und dargestellt werde; das Recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche, und nur dort ist es zu seiner Selbständigkeit gelangt, wo es diese Wirkung im vollen Umfang ausübt, wo es herrscht. Herrschaft des Rechts ist Ueberwindung des Widerstandes, den das Unrecht ihm entgegensetzt, diese Ueberwindung aber ist bedingt durch das Uebergewicht der äußern Gewalt, also dadurch, daß dieses Uebergewicht sich stets auf Seiten des Rechts befinde. Es ist Aufgabe des Staats sich innerhalb seines Gebietes dasselbe zu verschaffen und es stets in die Wagschale des Rechts zu werfen. Im entwickelten Staatsleben ist die erstere Aufgabe gelöst, die Garantie für die Erfüllung der zweiten hängt von der Energie und Empfindlichkeit des nationalen Rechtsgefühls ab. Wo das Recht keine innere Macht besitzt, hat es auch keine äußere; nur hier darf die Staatsgewalt es wagen, ungestraft dem Rechte Hohn zu bieten.

In Rom durfte sie es nicht. Zwei Versuche waren gemacht, aber sie endeten mit dem Sturz der Schuldigen. Die Vertreibung der Könige und der Decemvirn lehrte die Machthaber, was es auf sich hatte in Rom das Recht mit Füßen zu treten. Hart, grausam, roh, wenn es die Formen des Rechts für sich, und umgekehrt sich der Härte und äußersten Strenge fügend, wenn es sie

---

Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.

gegen sich hatte, war doch das römische Gefühl gegen eine formelle Verletzung des Rechts im äußersten Grade empfindlich. Bei Anblick des Schuldners, der als Sklave in die Fremde verkauft ward, blieb das römische Herz kalt, Niemand rührte sich für ihn, aber eine Unbill, die ein Gläubiger widerrechtlicher Weise sich gegen seinen Schuldknecht erlaubt hatte, beschwor einen Aufstand herauf, der nur durch eine gänzliche Umgestaltung des Schuldrechts zu dämpfen war,[59] und als in späterer Zeit ein Prätor auf die Idee kam, ein altes, längst in Vergessenheit gerathenes Gesetz hervorzuziehen, um die Beitreibung geschuldeter Zinsen zu vereiteln, fand er seinen Tod auf dem Tribunal.[60] Wenn irgendwo die praktische Selbständigkeit des Rechts: seine ungehemmte, rücksichtslose Verwirklichung eine Wahrheit gewesen ist, so war sie es an demselben Ort und zu derselben Zeit, wo auch die begriffliche Selbständigkeit desselben zur höchsten Entfaltung gediehen ist: zu Rom in der Blüthezeit der Republik. Es ist etwas Hohes und Herrliches um diese rücksichtslose Verwirklichung des Rechts; wenn alle Güter geopfert, die stärksten Triebe, Gefühle und Rücksichten überwunden werden, damit das Recht triumphire. Einen solchen Heroismus der Selbstverläugnung im Dienst des Rechts hatte beim Beginn der Republik Brutus in unvergeßlicher Weise der römischen Erinnerung vor Augen geführt. Neben dem Bilde des vertriebenen Königs, der nicht verstanden, seine Kinder die Gebote des Rechts zu lehren, und sein und der Seinigen Vergehen mit Verbannung und Elend büßte, stand Brutus, der Märtyrer des Rechts, mit dem vom Blut der eigenen Söhne triefenden Beile — ein Titelblatt zur Geschichte der römischen Republik, wie es zur Bezeichnung des Geistes, der sie in Bezug auf das Recht beseelte, nicht besser hätte erfunden werden können, das Programm der kommenden Zeit.

Und doch! — das Titelblatt scheint nicht zu passen! Der

59) Liv. 8, 28.

60) Das Weitere III. 114.

römische Staat ist öfter dem Programm untreu geworden. Oder war es nicht eine Verläugnung desselben, wenn er sich erlaubte, zu Gunsten der unter ihrer Schuldenlast seufzenden Masse durch novae tabulae die Gläubiger in ihren Ansprüchen zu verkürzen? Um darauf eine Antwort zu ertheilen, werden wir genöthigt sein, eine Frage aufzuwerfen, die wir im Bisherigen als sich von selbst verstehend vorausgesetzt haben, nämlich: ob denn die rücksichtslose Verwirklichung der Rechte das letzte und höchste Postulat der Rechtsidee sei, oder ob es nicht über demselben noch ein höheres gebe, dem jenes, sobald beide mit einander in Conflict gerathen, zu weichen habe?

Für alle Völker, welche die persönliche Unfreiheit sei es in Form der Sklaverei, sei es in der der Leibeigenschaft kennen oder gekannt haben, kömmt eine Zeit, wo sie der Rechtswidrigkeit derselben inne werden und sich in ihrem Gewissen verpflichtet fühlen, ihr ein Ende zu machen. Dürfte die Gesetzgebung keine bestehenden Rechte aufheben, sie müßte den Widerspruch des Herrn, der das ihm für die Freilassung seiner Sklaven oder Leibeigenen gebotene Lösegeld verschmäht, respectiren —; die Hartnäckigkeit einzelner Individuen könnte ein Institut verewigen, das die allgemeine Stimme als frevelhaft, als fluchwürdig verdammt hat. Entspricht eine solche Achtung bestehender Rechte der Idee des Rechts? Sie würde eine Versündigung gegen dieselbe enthalten! Denn die Idee des Rechts verlangt, daß das Unrecht, wenn es als solches erkannt ist, ausgerottet werde. Heißt es aber das Unrecht ausrotten, wenn man bloß die Rechtssätze der Vergangenheit aufhebt, dagegen die Rechtsverhältnisse, in denen sie sich verwirklicht haben, fortbestehen läßt? Aber sie sind doch „wohlerworbene Rechte." Gewiß, aber darum noch keine ewige! Oder vermöchte die Vergangenheit rücksichtlich der Rechte, was sie rücksichtlich der Rechtssätze nicht vermag: ihnen einen Freibrief auf die Ewigkeit ausstellen? Ist die Gegenwart, die sich lossagt von den Satzungen der Vergangenheit, verdammt, die Saat, die daraus hervorgegangen, wuchern zu lassen? Nein! diese

Rechte sind für sie keine Rechte mehr, sie tragen nur die äußere Hülle eines Rechts an sich, todte Larven, aus denen das Leben wich, als die Ansichten, denen sie das Leben verdankten, dem Verdammungsurtheil der Geschichte verfielen. Für sie die Heiligkeit des Rechts anrufen heißt dieselbe mit Füßen treten, sie anrufen für das Unrecht. Ohne Aufhebung bestehender Rechte — ob mit oder ohne Entschädigung, steht hier nicht zur Frage — ist der Fortschritt des Rechts selber nicht denkbar — Das Recht ist der Saturn, der seine eignen Kinder verspeist.

Aber nicht bloß solche innerlich abgestorbenen Rechte darf und soll der Staat ausrotten, es kann Lagen für ihn geben, in denen er genöthigt und darum berechtigt ist, der Erhaltung des Ganzen ein Recht des Einzelnen, das er selber als wohlbegründet und schutzwürdig anerkennt, zum Opfer zu bringen. Wo es gilt, das Schiff zu retten, wirft der Schiffer die Waaren über Bord. Wenn das Heil des Ganzen auf dem Spiele steht, darf auch die Staatsgewalt mit den Rechten der Einzelnen ein Gleiches thun. Das ist nicht sowohl das Gesetz der äußern Noth, sondern es ist ein in der Aufgabe des Staats und der Stellung des Einzelnen zum Gemeinwesen begründetes Recht. Das Opfer an dem Eigenthum, das der Staat dem Einzelnen zumuthet, steht nicht höher, als das des Lebens, das er gegen den äußern Feind in Anspruch nimmt. Ob er ihn dafür zu entschädigen hat, darauf kömmt es hier nicht an; kurzum der Grundsatz der Unverletzbarkeit der Privatrechte weicht auch hier wiederum einem höheren.

Kehren wir jetzt zum altrömischen Rechte zurück. Untersuchen wir, ob das römische Volk, wie man behauptet hat (Note 43), in der That der Ansicht gewesen: es habe keine Rechte der Einzelnen zu respectiren, Recht sei nichts als sein Wille, sein souveränes Belieben. Wie völlig anders lautet die Antwort, welche die Geschichte uns auf die Frage ertheilt, wie geht der Zug der Achtung, der ängstlichsten Schonung der Privatrechte durch alles hindurch, und wie wenig haben wir Ursache mit sittlicher Selbstgefälligkeit auf die Römer herabzublicken! Mit bloßen Aussprüchen über die

Unverletzlichkeit der Privatrechte ist es nicht gethan,[61]) es kommt auf die thatsächliche Anerkennung dieses Grundsatzes an. Dafür aber bieten sich Belege in Fülle, und ich will mir erlauben, da, soviel ich weiß, dieser Punkt kaum der Aufmerksamkeit gewürdigt worden ist, einige derselben zusammen zu stellen.

In der Zeit der Noth kam es vor, daß der Staat auch Sklaven unter die Fahnen rief, aber die Eigenthümer bekamen für sie den vollen Preis.[62]) Ebenso wenn ein Sklav, der sich um das Gemeinwesen z. B. durch Anzeige von Verschwörungen verdient gemacht hatte, zur Belohnung von Staatswegen die Freiheit erhielt.[63]) Dem Finder der angeblichen Bücher des Numa, welche der Senat zu verbrennen beschloß, ward eine Entschädigung angeboten.[64]) Die Expropriation des zum Bau öffentlicher Straßen und Werke erforderlichen Baumaterials erfolgte vorschriftsmäßig nur gegen Zahlung des Werths,[65]) und bei der Expropriation des Grund und Bodens verfuhr man mit einer solchen Rücksicht und Schonung, daß man dem Besitzer das ganze Grundstück abkaufte, auch wenn man nur einen Theil desselben nöthig hatte,[66]) und nicht selten bei Weigerung der Besitzer völlig davon abstand.[67]) Den Schaden, der durch solche öffentliche Anlagen

61) Schweppe Das römische Privatrecht I. §. 1 hat, um zu beweisen, „daß die Schonung wohlerworbener Rechte von Seiten des Staats schon von den Römern als gegründet anerkannt worden sei" einzelne Aussprüche der Quellen zusammengestellt, die aber wenig ins Gewicht fallen. Seltsam nimmt es sich dagegen aus, wenn derselbe Schriftsteller in seiner Rechtsgeschichte §. 156 lehrt: in Hinsicht des Umfangs sei die Staatsgewalt nach der römischen Ansicht nur durch ihren eignen Willen beschränkt gewesen, es habe daher auch keine Unverletzlichkeit der Rechte Einzelner und namentlich des Rechtsganges gegeben.

62) Liv. 22, 56.

63) Val. Max. 5, 6 §. 8. Liv. 32, 26.

64) Liv. 40, 29.

65) S. Cum bei Frontinus de aquaed. c. 125.

66) Frontinus de aquaed. c. 128.

67) Liv. 40, 51: Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus, qui per fundum suum duci non est passus. Suet. August. c. 56: forum

den benachbarten Grundbesitzern zugefügt war, ersetzte man.[68]) Zu Zeiten der Getreidenoth schickte man Commissäre in die Provinzen, welche dort Getreide anzukaufen hatten; man verbot den Provinzialen an Andere zu verkaufen, als an sie, allein man setzte ihnen einen angemessenen Preis.[69]) Den Frauen, die in der Zeit der Bedrängniß ihr Gold und Geschmeide dem Staate zur Verfügung gestellt hatten, ward das Gegebene zurückerstattet.[70]) Es ist kein Fall bekannt, daß der Staat seinen Gläubigern gegenüber seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätte. Als einmal in Folge eines neu ausgebrochenen Krieges die Staatscasse sich außer Stand sah, einen der angesetzten Zahlungstermine inne zu halten, befriedigte man die Gläubiger mit öffentlichen Ländereien, wobei man ihnen vorbehielt, dieselben bei besserem Cassenstande gegen den angesetzten Preis zurückzugeben.[71])

Diesen zahlreichen Beispielen der strengen Rechtlichkeit, durch welche sich die oberste Staatsgewalt in ihrem Verhältniß zu den Privaten leiten ließ, und die in der That den Lobspruch von Frontin verdient, den ich an die Spitze dieses Paragraphen gestellt habe, steht meines Wissens aus dem guten Zeitalter der Republik nur ein einziges gegenüber, wo der Staat unter dem eisernen Gebot der Noth diese Eigenschaft verläugnete. Es ist dies die während der punischen Kriege vorgenommene wiederholte Reduction des Münzfußes — eine Maßregel, durch welche der

---

angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domus. Um eine Vorstellung von den enormen Summen zu geben, die in solchen Expropriationsfällen gezahlt wurden, bemerke ich, daß der Platz für eine Basilika am Forum über 4 Millionen (Cic. ad Att. IV. 16), der Platz für das Forum Julium über 7 Millionen Thaler zu stehen kam (Plin. 36, 15, 24.

68) Tacit. Ann. 1, 75.

69) Ich habe mir hierfür Burmannus de vectig. c. 2 notirt, bin jedoch augenblicklich außer Stand, das Citat zu vergleichen.

70) Liv. 6, 4.

71) Liv. 31, 13: medium inter aequum et utile, wie er die Maßregel charakterisirt.

Staat zwar nicht formell, aber doch materiell seine Gläubiger um einen Theil ihrer Ansprüche brachte.[71a]) Wie wenig aber auch sie geeignet ist, der Lehre von der angeblichen Omnipotenz des souveränen römischen Volkswillens als Stütze zu dienen, dafür wird die Bemerkung genügen, daß ähnliche Maßregeln auch außerhalb Roms oft genug vorgekommen sind. Hätten die Römer wirklich an jene Omnipotenz geglaubt, der Staat hätte ein viel billigeres und einfacheres Mittel gehabt sich seiner Schulden zu entledigen, er hätte nur zu beschließen brauchen, daß sie als ganz oder theilweise bezahlt gelten sollten. Es ist mir nicht bekannt, daß jemals ein derartiger Antrag in Rom versucht worden wäre.

Dies ist um so bezeichnender, als solche Anträge in Anwendung auf Privatschulden nicht selten gestellt und mit Gesetzeskraft versehen wurden. Es sind dies die oben erwähnten novae tabulae, d. h. Gesetze, welche den Privatschuldnern eine Erleichterung von der Schuldenlast gewährten, sei es durch Erlaß der rückständigen Zinsen, sei es durch vorgeschriebene Anweisung der gezahlten auf die Capitalschuld u. s. w. Diese Gesetze enthielten unzweifelhaft einen empfindlichen Eingriff in die Privatrechte, und beurtheilt man sie vom rein abstracten Standpunkt, ohne die Umstände zu kennen, die sie veranlaßten und rechtfertigten, so wird man allerdings nicht umhin können, sie zu verdammen. Allein in ihrem richtigen historischen Zusammenhang betrachtet, erscheinen sie in einem ganz andern Licht. Sie waren periodische Aderlässe, welche durch die Stockungen im gesellschaftlichen Organismus mit Nothwendigkeit geboten waren. Ihre Nothwendigkeit hatte allerdings in einer Fehlerhaftigkeit des Organismus ihren Grund, allein der Fehler selber war so tief in dem socialen Organismus Roms begründet, daß keine Macht auf Erden im Stande gewesen wäre ihn zu entfernen — Rom hätte nicht Rom sein müssen! — und alle Maßregeln, die darauf gerichtet

---

71a) Plin. H. N. 33, 13 ita quinque partes factae lucri dissolutumque aes alienum.

waren, wie z. B. das verzweifelte Mittel, das Zinsennehmen völlig zu untersagen, mußten sich nothwendigerweise als wirkungslos erweisen. Der Fehler lag in der Ungunst und Unsicherheit des ökonomischen Loses der niederen Stände.[71b]) Beeinträchtigt durch die Concurrenz der Sklavenarbeit, hatte der auf seinen Erwerb angewiesene freie Mann selbst in Friedenszeiten Noth, sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Es brauchte also nur eine Unterbrechung seiner Thätigkeit einzutreten, wie die häufigen Kriege sie so oft herbeiführten, oder Mißwachs und Hungersnoth, um ihn mit Nothwendigkeit den Wucherern in die Arme zu treiben. Wenn man nun den hohen Zinsfuß des Alterthums in Anschlag bringt, so wird man begreifen, wie auch bei sparsamster Wirthschaft und Anstrengung aller Kräfte eine in der Noth contrahirte Anleihe sich zu einer Lawine gestalten konnte, die den Mann und sein ganzes Hauswesen unter sich begrub. Nur so erklärt sich die colossale Ausdehnung, die das Schuldenmachen in Rom gewann, und der furchtbare Druck, den es ausübte; das Schuldenwesen war der Fluch und zugleich die bitterste Anklage der römischen Zustände. Für den Staat aber hatte die Sache eine unmittelbar politische, höchst ernste Seite. Die Unerschwinglichkeit der Schulden bedeutete für den Schuldner nicht bloß den Verlust der vermögensrechtlichen, sondern auch der politischen Selbständigkeit und Unabhängigkeit. Er mußte stimmen, wie sein Gläubiger ihm vorschrieb; wenige Wucherer verfügten vielleicht über tausende von Stimmen. Aber auch ganz abgesehen von diesem Gesichtspunkt — das grauenhafte Loos eines numerisch sehr beträchtlichen Theils des römischen Volks schloß, eben weil es unverdient war, einen Vorwurf und eine Gefahr für das Gemeinwesen in sich, daß die gepriesene politische Klugheit der Römer sich völlig hätte verläugnen müssen, wenn sie nicht, sobald das Uebel einen bedrohlichen Grad erreicht hatte, in der einen oder andern Weise dafür Abhülfe gesucht hätte. Es

71b]) Die weitere Ausführung s. in §. 34.

kam vor, daß der Staat selber die Mittel vorschoß (§. 34 a. E.), allein dazu war er weder immer in der Lage, noch reichte der bloße Wechsel in der Person des Gläubigers aus, um den Schuldnern eine Erleichterung zu gewähren. So griff man denn gewöhnlich zu dem angegebenen Mittel, bei dem die Gläubiger immerhin in ihren Büchern genug einbüßen mochten, schwerlich aber soviel, um nicht, wenn sie den Gesammtüberschlag aufnahmen, dennoch ein ganz lohnendes Geschäft gemacht zu haben.

So war also der Erlaß von novae tabulae, weit entfernt einen schnöden Willkührakt, ein Geschenk zu Gunsten des einen Theils des Volks auf Kosten des andern zu enthalten, in der That eine Maßregel der höheren socialen Gerechtigkeit, ein Akt der Selbsterhaltung des Gemeinwesens.[72]) In diesem Licht haben auch die Römer selber die Sache angesehen — nicht also als eine Maßregel, die im Prinzip der Volkssouveränetät schon ihre Rechtfertigung finde, sondern als ein durch die höchste Noth gebotenes Rettungsmittel,[73]) abgesehen von dieser Voraussetzung mithin als unverantwortliche Willkühr, als schreiendes Unrecht.[74]) Dem

---

72) Ich verweise namentlich auf die ausführlichere Rechtfertigung dieser Maßregeln bei Niebuhr röm. Gesch. Bd. 2 S. 23 fl. (bei Gelegenheit der licinischen Rogationen).

73) Cicero de republ. 2, 34: .... quum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est. Sueton Jul. Caesar c. 42.

74) Val. Max. 6, 2 §. 12 (über den Juristen Cascellius, der durch Nichts dazu zu bestimmen war: de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componere ... beneficia eorum extra omnem ordinem legum ponens) Cicero de offic. 2, c. 22: qui autem populares se esse volunt, ob eamque causam aut agrariam rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, ii labefactant fundamenta reipublicae ..... deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cujusque custodia. Atque in hac pernicie reipublicae etc. Cicero hatte in den 10 Jahren, die zwischen der einen und andern Aeußerung lagen, schwerlich seine Ansicht verändert,

Eindruck, den wir bisher gewonnen haben, entspricht es, daß die rückwirkende Anwendung der Gesetze, welche so störend in bestehende Verhältnisse und erworbene Rechte eingreifen kann, regelmäßig durch einen ausdrücklichen Zusatz[75]) ausgeschlossen war.

Neben dem bisher betrachteten Grundsatz der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte kommt für die Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts noch ein anderer höchst wichtiger Punkt in Betracht: die Garantie einer unabhängigen, gleichmäßigen und unbestechlichen Civil-Justiz.[76]) Die äußeren Einrichtungen der Gerichtsverfassung, die Formen des Verfahrens und das materielle Recht vermögen durch sich allein diese Garantie nicht zu verleihen, d. h. die moralische Integrität des Richterstandes nicht entbehrlich zu machen, aber wie sie selbst bei der moralischen Verderbtheit des Volks und folglich auch der Richter immer doch einen gewissen Schutz gewähren, so sind sie auch für moralisch unverdorbene Zeiten von hoher Wichtigkeit. Die Gerichtsverfassung kann von der Art sein, daß sie unberechtigte Einflüsse von Seiten der Staatsgewalt bald mehr, bald weniger ausschließt (Absetzbarkeit oder Unabsetzbarkeit der Richter u. s. w.), daß sie die Richter sonstigen unbefugten Einflüssen bald in höherem, bald in geringerem Grade zugänglich macht (Einzelnrichter, Richter-

wie Niebuhr annimmt (röm. Gesch. Note 1347), sondern die eine bezieht sich auf den weisen Gebrauch, die andere auf den Mißbrauch des Mittels. Wie Schmidt (Note 43) S. 153 Anm. 1 darin, „daß das römische Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Akt der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverlust betrachte," eine Consequenz der von ihm dem römischen Recht supponirten Auffassung erblicken kann, ist mir völlig unbegreiflich. Ich sollte sagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt sein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegensatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch also als eine gewaltsame bezeichnet.

75) z. B. Ne quis post hanc legem rogatam (l. pr. ad leg. Falc. (35. 2), ne quis posthac (l. 12 ad leg. Jul. de adult. (48. 5).

76) Die eigenthümliche Beschaffenheit der römischen Criminaljustiz ist bereits früher (§. 25) entwickelt, auf letztere braucht daher an dieser Stelle keine Rücksicht mehr genommen zu werden.

collegien, pecuniäre Situirung derselben u. s. w.), die Formen des Verfahrens von der Art, daß sie der Willkühr bald größeren, bald geringeren Spielraum gewähren. Das Ideal der Civilrechtspflege, das den ältern Römern vorschwebte, war eine Rechtsmaschine, d. h. sie charakterisirte sich durch die Eigenschaften der Sicherheit, unausbleiblichen Gleichmäßigkeit und folglich auch der Unfreiheit. Der Einfluß des individuellen Ermessens (und damit auch die Gefahr der Willkühr), den das spätere Recht in so weiter Ausdehnung zuließ, war im ältern Recht möglichst beschränkt; die bei der Prozedur thätigen Personen des Prätors und der Richter waren Stücke einer Prozeßmaschinerie, die sich unabänderlich in derselben Weise bewegte. Damit war zwar das rein Aeußerliche der Form gewahrt, aber welche Garantie bot diese Verfassung für die materielle Gerechtigkeit? Hinsichtlich der Person des Prätors bedarf es nur eines Blicks auf dessen Stellung und Functionen, hinsichtlich der Richter und zwar des Centumviralgerichts lege ich besonderes Gewicht auf das numerische Moment, die collegialische Organisation desselben, hinsichtlich des Einzelrichters verweise ich theils auf den Stand der in die Listen eingetragenen Richter, theils auf den Einfluß, der den Partheien auf die Wahl des Richters eingeräumt war, hinsichtlich aller aber auf die Oeffentlichkeit der Rechtspflege und ihre Unabhängigkeit von irgend einer andern Macht, als der, die gerade umgekehrt eine Garantie bot — der öffentlichen Meinung. Die Theilung der Functionen zwischen Prätor und Richter, welche das Charakteristische des spätern Formularprozesses ausmacht und in dem Verfahren dieser Periode, dem Legisactionen-Prozeß, schon ihren Ursprung hat, ist für unsern Gesichtspunkt ebenfalls nicht ohne Bedeutung, obschon sie durch denselben nicht veranlaßt ist.[77]) Jene Theilung gewährte nämlich dadurch

77) Die heutzutage verlangte schroffe Trennung der Justiz und Administration war dagegen den Römern unbekannt (Keller röm. Civilprozeß §. 1).

eine Garantie, daß bis zu einem gewissen Grade der Prätor den Richter, der Richter den Prätor beschränkte und controlirte, keiner den Rechtsstreit ganz für sich allein in der Hand hatte. Den Ausschlag gab insofern immer der Richter, als er über den Erfolg des geführten Beweises zu erkennen hatte, und bei dem Einzelrichter mochte der Versuch der Bestechung noch am ersten zu besorgen sein. Einen wirksamen Schutz dagegen bot abgesehen von dem erwähnten Einfluß beider Partheien auf die Wahl die Bestimmung der Zwölf Tafeln, welche dem Richter, der sich hatte bestechen lassen, Todesstrafe androhte.[78])

In wie hohem Grade das materielle Recht durch seine Gestaltung dazu beitrug, die Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege zu fördern, darauf mag hier bereits hingedeutet werden; der nähere Nachweis muß der innern Charakteristik des materiellen Rechts vorbehalten werden.

Auf Grund der bisherigen Darstellung wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß das ältere Recht in sich selbst sowohl wie in der zu seiner Verwirklichung bestimmten Staatsanstalt in hohem Grade die nöthigen Voraussetzungen zu einer sichern, gleichmäßigen Anwendung seiner selbst besaß. Nur in Bezug auf das Verhältniß der Rechtspflege zur Staatsgewalt bieten sich uns zwei befremdende Erscheinungen dar, nämlich die Suspendirung des civilprozessualischen Verfahrens und Zwanges gegen die höhern Beamten während der Dauer ihres Amtes[78a]) und die unsern heutigen Ideen über die Unabhängigkeit der Justiz durchaus widerstrebende Zulässigkeit einer Einwirkung der Magistrate und Tribunen auf die Rechtspflege. Dieselbe beruhte auf dem Veto, das denselben gegen die Verfügungen ihrer Collegen zustand, und insoweit, aber auch nur insoweit, als es sich um Verfügungen des Prätors in Rechtsangelegenheiten han-

78) Gellius 20, 1.

78a) Es sprach sich dies darin aus, daß eine in jus vocatio wider ihren Willen gegen sie untersagt war. Gellius 13, 13 §. 4.

delte, konnten sie dagegen ihren Protest einlegen.[79]) Nicht also gegen den Richterspruch; sowie die Sache an den Richter gekommen, war ihre Einwirkung ausgeschlossen, — den Richterspruch konnte in der ältern Zeit keine Macht der Erde rechtlich umstoßen, noch mochte der Richter selbst oder der Prätor ihn ändern oder zurücknehmen. Auch wird uns meines Wissens nirgends berichtet, daß in alter Zeit je von irgend einer Macht der Autorität eines richterlichen Urtheils entgegengehandelt wäre. Ein mittelbarer Einfluß der nicht mit der Rechtspflege betrauten Beamten sowohl auf die Instruction des Prozesses als auf sonstige rechtliche Verfügungen des Prätors war also möglich, und es liegt kein Grund vor, ihn erst aus späterer Zeit zu datiren. Es vermindert sich aber das Gewicht dieser Eingriffe, wenn man bedenkt, daß sie nur negativer Art waren, die beabsichtigte rechtliche Verfügung zwar vertagen, aber nicht eine andere an deren Stelle setzen konnten, sowie daß dem Einspruch keine Rechtskraft zukam, so daß also nicht nur der Nachfolger im Amt, sondern der Urheber selbst ihn zurücknehmen konnte. Und sodann hatte die ganze Einrichtung nicht einen der Rechtspflege feindlichen Charakter, sondern umgekehrt den Zweck, ihr zu dienen, eine Parthei-

79) S. Puchta Curs. der Institut. B. 2 §. 180 a. E. In der temporären Abberufung des Richters von Seiten der Tribunen, die Cicero pro Cluentio c. 27 erwähnt, wird man schwerlich eine Beeinträchtigung des Richteramtes finden wollen. Sonst aber ist mir kein Fall bekannt, wo ein Tribun oder Magistrat in den Gang des Verfahrens vor dem Judex eingegriffen hätte (daß der Prätor vermöge seines Aufsichtsrechts es durfte [Keller Civilprozeß §. 68], steht damit nicht in Widerspruch). Die Stellen, die man anführt (Klenze Frag. leg. Serv. p. 84 not. 5, Keller §. 82 Note 987), sprechen gar nicht von Civilgerichten, sondern von judiciis publicis, die l. 58 de jud. (5. 1) freilich von ersteren, aber von einem majus imperium in eadem jurisdictione. Die lex Gall. cisalp. col. I. vers. 51 verbietet ausdrücklich die Intercession bei einem Civilverfahren. Zur Unterstützung möge noch angeführt werden, daß letztere bei einer quaestio perpetua mindestens entschieden verwerflich war (Geib Criminalprozeß S. 289) oder wohl geradezu in der betreffenden lex verboten (s. z. B. lex Servilia c. 21).

lichkeit und Ungerechtigkeit des Prätors unschädlich zu machen. Im Anfange der Republik, als noch die Rechtspflege ausschließlich in den Händen der Patricier und den Einwirkungen des Partheiinteresses ausgesetzt war, mußte das Veto der Tribunen auch in seiner Anwendung gegen rechtliche Verfügungen patricischer Beamten für die Plebs unschätzbar sein.[80])

Wie wenig die Römer in der That geneigt waren, das Gebiet der Justiz zu verkürzen oder sie in ihrer Selbständigkeit zu beeinträchtigen, zeigt sich schlagend an einem Punkt, der sonst der eigentliche Tummelplatz der Conflikte zwischen Staatsgewalt und Justiz zu sein pflegt, nämlich an dem Verhältniß der Justiz zur Polizei und Verwaltung. Während anderwärts die Polizei leicht zu Uebergriffen in das Gebiet der Justiz inclinirt, hat sie in Rom umgekehrt einen beträchtlichen Theil ihres Gebietes an die Justiz abgetreten. Unsere heutigen Polizeicontraventionen bildeten nämlich in Rom wenigstens der Mehrheit nach den Gegenstand einer actio popularis d. h. eines ganz regulären Civilprozesses.[81]) Der Prätor wie der Richter befolgten hier durchaus die strengen Grundsätze des Civilrechts, und der Staat oder das Volk, als dessen Vertreter der Kläger gedacht wurde,[82]) ordnete sich ganz der

80) Die obige aus der ersten Auflage unverändert herübergenommene Darstellung bedarf insofern der Vervollständigung, als sie den Einfluß, der durch die Sistirung der Maßregeln des Prätors auf die Rechtspflege ausgeübt werden konnte, nicht ins rechte Licht setzt. Mochte immerhin der Richterspruch durch das Veto der Tribunen nicht verhindert werden können, so konnte es doch die Verwirklichung desselben durch Addiction des Verurtheilten von Seiten des Prätors, und Liv. 6, 27 berichtet von einem Fall, wo die Tribunen zur Erreichung politischer Zwecke dadurch die ganze Rechtsmaschinerie zum Stillstand brachten: neque duci addictos tribuni sinebant. Auch der Senat konnte und that es, indem er z. B. um eine Gährung der Masse zu beschwichtigen, verfügte „ne quis magistratus, quoad bellatum esset, jus de pecunia credita diceret.“ Liv. 6, 31; 39, 18.

81) Ueber den letzten historischen Grund dieser Erscheinung habe ich früher (§. 14) meine Meinung geäußert; s. jetzt auch III. 337.

82) In manchen Gesetzen, die eine solche actio popularis einführten,

Justiz unter, kämpfte gegen den Beklagten mit völlig gleichen Waffen.

Dasselbe galt für einen der wichtigsten Zweige der Verwaltung, das Steuerwesen.[82a]) Abgesehen nämlich von der Erhebung des Tributums nach dem Census hatte der römische Staat bekanntlich das System der Verpachtung der öffentlichen Einkünfte, der Steuern, Zehnten, Zölle u. s. w., was für den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt die wichtige Folge hatte, daß an die Stelle des Staats oder seiner Beamten die Steuerpächter (publicani) als Steuererheber traten. Bei Streitigkeiten zwischen letzteren und den Steuerpflichtigen standen also nicht Staat und Privatperson, sondern zwei Privatpersonen sich gegenüber, die ihren Streit ganz im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses zu erledigen hatten. Ein Eingreifen der Verwaltungsbehörde fand hier mithin nicht Statt, und am Ausgang des Prozesses hatte der Staat gar kein Interesse. Die einzige Vergünstigung, die den Publikanen ertheilt war, bestand in einer besonders privilegirten Klage (der legis actio per pignoris capionem), eine Vergünstigung, die für das Verhältniß unentbehrlich und auch andern Forderungen beigelegt war,[82b]) und die andererseits durch die Strafklage, die der

---

hieß es geradezu: populo dare damnas esto und sodann ejus pecuniae petitio ei sit, qui volet.

82a) Ueber die Verfolgung der sonstigen Ansprüche des Staats aus der Verwaltung s. jetzt von Bethmann-Hollweg. Der Civilproceß des gemeinen Rechts I (S. 96—100). Einen Eigenthumsstreit zwischen Staat und Bürger hält derselbe im gewöhnlichen Weg des Civilprozesses für möglich.

82b) Man kann, wie ich (§. 12) die „militärische, religiöse oder politische Beziehung" der durch pign. capio geschützten Forderungen anerkennen, oder selbst mit Degenkolb Die lex Hieronica. Berlin 1861. S. 97 von einer „publicistischen Natur" des Anspruchs der Steuerpächter sprechen, ohne dadurch mit der Behauptung im Text in Widerspruch zu gerathen. Der Publikane pfändete im eigenen Interesse ebenso wie die übrigen bei Gaj. IV. 28 genannten Personen nicht im Interesse des Staats, er war kein Beamter, der Prozeß zwischen ihm und dem Steuerpflichtigen kein Prozeß zwischen der Staatsbehörde und der Privatperson. Darüber kommt man auch mit der

Gegenparthei für den Fall einer unrechtmäßigen Erpressung von Seiten der Publikanen gegen sie gegeben war, reichlich aufgewogen wurde.[83]) An Einfluß und Macht war freilich der eine Theil dem andern unendlich überlegen, und es ist bekannt, daß dies factische Uebergewicht der Publikanen zur Zeit des Verfalls die rechtliche Gleichheit wenigstens in den Provinzen oft illusorisch machte.[84]) Für die jetzige Periode und für Rom und Italien werden wir dies nicht annehmen dürfen, jedenfalls kann dadurch das Interesse der Einrichtung, um die es sich hier handelt, die rechtliche Unterordnung eines großen Theils des Steuerwesens unter die Justiz nicht vermindert werden.

Eine andere für den Gesichtspunkt, den wir hier verfolgen, höchst charakteristische Erscheinung ist die Vorliebe der Römer, Streitigkeiten, die an und für sich gar keine civilrechtliche Bedeutung hatten, auf dem Wege des Civilprozesses zur Entscheidung zu bringen. Die sponsio praejudicialis,[84a]) die prozessualische Wette, gab hierfür eine Form von unbegränzter Weite; das Anerbieten einer solchen Sponsion brauchte allerdings nicht angenommen zu werden, enthielt aber doch eine Art von moralischem Zwang. Wir finden nun nicht bloß, daß Privatpersonen

---

„publicistischen Natur des Anspruchs" nicht hinweg. — Wenn von Bethmann-Hollweg §. 30 Note 37 sogar soweit geht zu behaupten: „Der Publikane verfuhr gegen den Abgabepflichtigen nicht im Rechtsweg, sondern durch eigenmächtige Pfändung", so frage ich: ist dies ein Gegensatz? Es war nur eine eigenthümliche Einleitung des Rechtsweges, sonst hätte Gajus die pignoris capio nicht unter die Legis-Actionen gestellt, oder umgekehrt hätte er die des Magistrats ebenfalls darunter aufnehmen müssen. Völlig unerklärlich bliebe es auch, wie mit Einführung des Formularprozesses diese legis actio in eine gewöhnliche actio fictitia umschlagen konnte. Gaj. IV. 32.

83) Ueber diese Klagen s. Cicero in Verrem III. 11, Gaj. IV. §. 28. 32. Tit. Pand. de publ. (39. 4).

84) Quantae audaciae, ruft Ulpian über seine Zeit aus (l. 12 pr. de public.) quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat; iccirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.

84a) Rudorff, Röm. R. G. II. §. 28.

sich dieses Mittels bedienten, sondern auch Beamte unter sich,[85]) Beamte gegen Privatpersonen[86]) und umgekehrt letztere gegen jene, um durch gerichtliche Erhärtung irgend eines vorgeschützten Entschuldigungsgrundes den Lauf einer gegen sie verhängten Maßregel zu sistiren.[87]) So diente dies Mittel namentlich auch dazu, um den Grund oder Ungrund gemachter Beschuldigungen zu constatiren, Jemanden auch ohne oder noch vor dem judicium publicum eines Verbrechens zu überführen, staatsrechtliche Streitigkeiten zur Entscheidung zu bringen u. s. w.[88])

Die Neigung der Römer für die Ausdehnung des civilprozessualischen Prinzips, die sich hierin so recht ausspricht, ging aber nicht so weit, daß die Beamten die Bestreitung ihrer Competenz oder die angefochtene Rechtmäßigkeit ihrer Verfügungen der richterlichen Cognition hätten unterwerfen müssen. Für sie, die von dem gewöhnlichen Gerichtsbann eximirt waren, gab es eine andere Instanz, theils die Volksversammlung, wenn es sich um Anfechtung ihrer Straferkenntnisse oder nach Niederlegung ihres Amtes um Verantwortung wegen Mißbrauchs ihrer Gewalt handelte, theils und zwar bei Verfügungen aller Art die Intercession ihrer Collegen — Garantien von so wirksamer Art, daß die Verschließung des gewöhnlichen Civilrechtsweges dagegen gar nicht in Betracht kam. Hierzu gesellte sich noch der Grundsatz, daß die Verfügungen der Beamten der Rechtskraft ermangelten, also von ihrem Urheber sowohl wie vom Nachfolger zurückgenommen werden konnten, und die Durchführung derselben zwar den factischen, nie aber den rechtlichen Verlust eines Privatrechts zur Folge haben konnte.

85) Der bekannte Fall bei Valer. Max. 2, 8, 2 über den Anspruch auf einen Triumph.

86) Liv. 3, 56. 57.

87) Val. Max. 6, 1, 10.

88) Keller Civilprozeß §. 26 und die dort citirten Semestria desselben.

II. Der Gleichheitstrieb.

Factische und rechtliche Gleichheit — Das Generalisirungssystem — Rechtliche Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht.

> Aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus.
> Cic. de off. II. 12.

XXIX. Der zweite und dritte von unsern Grundtrieben tragen die Namen jener Zwillingsworte, die seit mehr als einem halben Jahrhundert die Welt in Bewegung setzen — der Freiheit und Gleichheit — einst das Losungswort der Edelsten und Besten, bald das Feldgeschrei gerade der wildesten Massen. Die verworrensten Vorstellungen von der einen, die gehässigsten Erinnerungen von der andern Seite erweckend, scheinen sie für die unbefangene Betrachtung des altrömischen Rechts wenig geeignet zu sein; das ganze Getöse der Gegenwart, dem wir sonst auf diesem Gebiete so weit entrückt sind, schallt mit jenen Worten zu uns hinüber. Und doch — wir können jene Worte nicht entbehren, durch all den frevelhaften Mißbrauch, den man mit ihnen getrieben und treibt, uns nicht abhalten lassen uns freudig zu ihnen zu bekennen, in ihnen die höchsten und edelsten Ideen zu preisen, die das Recht sein nennt. Aber um so mehr thut es Noth uns über den Sinn zu verständigen, in dem sie allein eine Berechtigung in Anspruch nehmen können; um so mehr wollen wir die Gelegenheit benutzen vom römischen Volk zu lernen, wie ein charaktervolles und politisch reifes Volk diese Ideen auffaßt, und welche Früchte sie ihm trugen.

Wie in der physischen Welt die Natur, so producirt in der moralischen Welt die Geschichte tagtäglich Ungleichheiten; je mehr

Kraftentwicklung, um so bunter die Mannigfaltigkeit. Darin besteht das Leben in der Natur und der Geschichte, daß beide aus der geringen, Zahl der Elemente, mit denen sie beginnen, einen unendlichen Reichthum der mannigfaltigsten Gebilde hervorbringen. Diese Mannigfaltigkeit und Ungleichheit hinwegwünschen, hieße Natur und Geschichte zum Stillstand, zum Tode verdammen. In Bezug auf die Natur hegt Niemand einen solchen Wunsch, hinsichtlich der moralischen Welt ist derselbe bereits zu verschiedenen Zeiten laut geworden. Alle jene Ungleichheiten in der Stellung der Menschen, die das unvermeidliche Resultat der Geschichte sind, in Rang, Stand, Vermögen u. s. w. hat man als Widersprüche gegen die wahre Freiheit und Gerechtigkeit angesehen und durch das Prinzip der abstracten Gleichheit beseitigen und ersetzen[88a]) wollen. Den ersten historisch bekannten Versuch zur praktischen Realisirung einer solchen Auffassung enthielt die lykurgische Gesetzgebung. Lykurg wollte die effective Gleichheit von Spartas Bürgern, d. h. eine Gleichheit derselben nicht bloß in ihren Rechten, sondern eine persönliche und sociale, also in ihrer Erziehung, Bildung, Lebensweise, ihrem Vermögen. Eine solche gesetzlich erzwungene Gleichheit ließ sich nur errichten auf dem Grabe der Freiheit, sie war die äußerste Tyrannei unter republicanischem Deckmantel, die bitterste Satire auf die wahre Freiheit, denn sie verkannte und vernichtete das ureigenste Recht des Subjects auf freie Entfaltung seiner Individualität.

Es war dasselbe Mißverständniß der Gleichheit, das in der neuern Geschichte sich in dem Bauernkriege in so schrecklicher Gestalt wiederholte und später mit der französischen Revolution sein blutiges Spiel von neuem begann.

Worin liegt das Mißverständniß? Dürfen wir das Prinzip der Gleichheit überhaupt anerkennen, oder ist es nicht von vornherein aufzugeben als ein Wahn, dem die Geschichte die Anerken-

---

88a) S. dagegen Röder Grundzüge des Naturrechts. Abth. 2. (Aufl. 2.) §. 106, 107.

nung versagt? Die Antwort darauf kann uns das römische Volk ertheilen. Die Gleichheit, welche die Römer wollten, hat mit der des Lykurg und unserer heutigen Gleichheitsapostel nichts gemein; letztere würden sich im alten Rom ebenso enttäuscht und unbehaglich gefühlt haben, wie im freien England und Amerika.

Die römische Gleichheit geht Hand in Hand mit der wahren Freiheit und darum auch mit dem auf Ungleichheiten gerichteten Bildungstriebe der Geschichte, ja sie läßt sich als Ausfluß der Freiheit selbst betrachten. Frei soll sich in Rom entwickeln alles, was Lebenskraft in sich trägt, und daß nicht Eine Kraft hier auf Kosten der andern künstlich d. h. durch Gesetz bevorzugt werde, das ist es, was die römische Gleichheit will. Die Ungleichheit des Resultats, welche die natürliche Folge der Verschiedenheit der Kräfte ist, oder die durch die Zwecke des Staats bedingt wird, hat für die Römer nichts Verletzendes. Ungleichheit in der Lebensstellung, in Rang, Stand, Ehre, politischem Einfluß, Vermögen u. s. w. erschien dem Römer nicht als ein Verstoß gegen das republicanische Prinzip. Willig zollte er jenen Vorzügen seine Achtung, und von einem Hasse gegen die Besitzenden, diesem düstern Schatten der heutigen Zeit, findet sich keine Spur. Der Grund lag darin, daß diese Verschiedenheiten in Rom das natürliche Product freier Entwicklung waren. Wo sie dies sind, haben sie nichts Gehässiges; sie können nur da in einem solchen Lichte erscheinen, wo sie durch künstliche Mittel d. h. durch Privilegien hervorgerufen oder geschützt sind, wo also das Uebergewicht des Einen durch gesetzliche Zurücksetzung des Andern bewerkstelligt ist. Hier kann allerdings das an sich völlig berechtigte Gefühl der Gleichheit, durch die Mißachtung, die es erfährt, gestachelt, sich in Haß und Groll gegen die Besitzenden verkehren, das Phantom der falschen, widersinnigen Gleichheit bei den Massen Eingang finden, während ein wahrhaft freies Volk von demselben nichts zu befürchten hat.

Die Gleichheit vor dem Gesetz ist durch die Idee der Gerechtigkeit geboten; das seiner Natur nach Gleiche soll auch vom Gesetz gleich behandelt werden. Aber was ist gleich? Das ältere

römische Recht strebt nicht weniger wie das neuere, die Gleichheit (aequum jus, aequitas)[89] herzustellen, aber wie unendlich verschieden ist die aequitas im Sinne des neuern Rechts von der im Sinne des ältern (in jenem Sinn, in welchem Tacitus[90] die Zwölftafel-Gesetzgebung finis aequi juris nennt: das Aeußerste des gleichen Rechts)! Hat doch das spätere Recht diesen Ausdruck ausschließlich für sich in Anspruch genommen, und ist er es doch gerade, mittelst dessen dasselbe sich als billiges Recht zu dem strengen (strictum jus) der ältern Zeit in Gegensatz stellt. Das Urtheil, welches die spätere Zeit über letzteres fällte, ist in dem bekannten Satz: summum jus, summa injuria[91] ausgedrückt, der Vorwurf nämlich, daß die Gleichheitstendenz des ältern Rechts in Wirklichkeit die äußerste Ungleichheit zur Folge gehabt habe. Die Billigkeit des spätern Rechts würde dagegen der ältern Zeit als eine aus übertriebener Milde hervorgegangene Abweichung von der wahren Gleichheit haben erscheinen müssen, während sie umgekehrt einem verweichlichten Billigkeitsgefühl vielleicht stellenweise noch den Eindruck einer zu großen Strenge machen könnte.[92]

Welche Bewandniß hat es nun mit dieser Gleichheit, woher die Erscheinung, daß trotz des gleichmäßigen Strebens aller Zeiten, die Gleichheit im Recht herzustellen, doch die Resultate so unendlich variiren? Dies hat nicht bloß darin seinen Grund, daß die Gegenstände selbst, die, wenn ich so sagen darf, auf der Wage der Gerechtigkeit gewogen werden sollen, ihr Gewicht im Lauf der Zeit verändern, daß Unterschiede, die in früher Zeit kaum wahr-

89) Aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat. Cicero Topic. c. 4.

90) Annal. III. 27. In demselben Sinn, in welchem Liv. III. 34 die Decemvirn von den XII Tafeln sagen läßt: se omnibus summis infimisque jura exaequasse.

91) Oder wie Columella I. 7 sagt: summum jus antiqui summam putabant crucem.

92) Ueber die Relativität des Begriffs der Billigkeit s. Thöl in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 18.

nehmbar waren, späterhin groß und bedeutend geworden sind, sondern auch und vor allem darin, daß Wage und Gewicht der verschiedenen Zeiten so außerordentlich differiren. Auf Unterschiede, die, gemessen mit der feineren Wage dieser Zeit, sich als sehr beträchtlich herausstellen, wird die rohe Wage jener Zeit kaum reagiren.

Der Weg, auf dem ein jedes Recht die Gleichheit verfolgt und verfolgen muß, ist Generalisirung[93]) d. i. Bildung von Klassen und Aufstellung von Regeln für dieselben. Dabei ist aber die Gefahr, daß das wirklich Ungleiche gleich behandelt wird, gar nicht zu vermeiden. Möge das Recht bei dieser Generalisirung auch immer engere und engere Kreise ziehen, immer weiter hinabsteigen in die Besonderheiten:[94]) jene Gefahr ist nie ausgeschlossen. Sowie die Generalisirung relativ zu weit ist, stellt sich der Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst d. i. die Unbilligkeit heraus, d. h. das wirklich Ungleiche wird als gleich behandelt, weil die kleine Differenz, die es ungleich macht, im Gesetz nicht beachtet war. Dies ergibt sich gewöhnlich zuerst an einem einzelnen Fall, an dem jene Differenz in besonders auffälliger Weise sich bemerklich macht. Möge nun dieser Fall auch zur Aufstellung einer neuen für die Zukunft geltenden Regel Veranlassung geben: er selbst wird noch der alten Regel zum Opfer

93) Thöl a. a. O. §. 37 nennt es: Klassificirung. Der obige Ausdruck ist gebildet nach l. 8 de leg. (1. 3): Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

94) Man könnte dies das Particularisiren, die entgegengesetzte Richtung des Rechts das Centralisiren nennen — zwei allerdings sehr relative Begriffe, aber zur historischen Charakteristik unentbehrlich. Verwandt mit dem Particularisiren ist der Richtung nach das Individualisiren, von dem nachher im Text die Rede ist, dem Begriff nach aber sehr verschieden, denn es bildet ja den Gegensatz zum Generalisiren. Wo nichts darauf ankommt, beide in Gegensatz zu stellen, kann man gern den Sprachgebrauch, der beide unter dem einen Ausdruck Individualisiren zusammenfaßt, beibehalten, denn letzterer bezeichnet ja die Steigerung der particularisirenden Richtung über sich selbst hinaus, involvirt also letztere.

fallen, wenn nicht das Recht hier eine Vorrichtung hat, seine eigne an sich anwendbare Vorschrift außer Kraft zu setzen — eine Selbstcorrectur des Rechts auf dem Wege des Individualisirens. Hat ein Recht sich einmal das Ziel gesetzt, jenen Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst, die Möglichkeit einer „Unbilligkeit" nicht zu dulden, so bleibt allerdings kein anderes Mittel übrig. Die Anwendung desselben läßt sich in verschiedener Weise denken. Entweder so, daß die Regel selber von vornherein eine solche Elasticität erhält, daß sie sich der Individualität des concreten Falles völlig anzupassen vermag (z. B. die actio injuriarum aestimatoria, das Strafmaximum und -Minimum) oder so, daß der einen Regel eine andere gegenüber gestellt wird, bestimmt, die Härten jener in der Anwendung auszuschließen (restit. in integrum des neuern römischen Rechts, Strafmilderungsgründe) oder endlich in der Weise, daß eine höhere Gewalt über dem Richter ohne im voraus fixirte Normen die Correctur des Rechts vornimmt — eine Combination der gesetzgebenden und richterlichen Function im einzelnen Fall, wie der Prätor, später der Kaiser[95]) und heutzutage mit Beschränkung auf die Criminaljustiz (Begnadigungsrecht) der Souverän sie ausübt. Immer bleibt aber dies Mittel insofern ein höchst gewagtes und bedenkliches, als die rechtliche Beurtheilung damit den festen Boden der objectiven Rechtsregel verläßt und sich dem schwankenden Element subjectiver Eindrücke anvertraut, ein Element, das recht eigentlich das der bewußten oder unbewußten Willkühr ist.[96]) Im römischen Privatrecht[97]) tritt diese individualisirende Tendenz erst mit dem dritten System auf, dem Geist des ältern Rechts widerstrebt sie durchaus,

---

95) Constantin l. 1 Cod. de leg. (1 14) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

96) Was die römische Jurisprudenz sich nicht verhehlte und verhehlen konnte; s. z. B. Paulus in l. 91 §. 3 de V. O. (45. 1) ... quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub juris auctoritate perniciose erratur.

97) Ueber das Criminalrecht s. oben S. 42 ff.

der Eingang ist ihr hier nach allen Seiten versperrt. Weder soll der Gesetzgeber im einzelnen Fall Ausnahmen von dem Gesetz anordnen oder eine besondere Norm für denselben aufstellen,[98]) noch darf der Richter (der Prätor so wenig wie der judex) sich im einzelnen Fall über das Gesetz hinwegsetzen, noch auch war der ganze Zuschnitt des ältern Rechts von der Art, daß dem richterlichen Ermessen ein irgend beträchtlicher Spielraum gelassen wäre. Unter dem Deckmantel der Billigkeit hätte ja die Willkühr und Partheilichkeit sich geltend machen können, und lieber opfert das ältere Recht die ganze Billigkeit, setzt sich also der Eventualität aus, daß seine Gleichheit im einzelnen Fall zur äußersten Ungleichheit führt, als daß es jene Gefahr bestehen ließe. Den alten Römern erschien ihrer ganzen Individualität nach jene Möglichkeit in einem ganz andern Lichte, als uns heutzutage; die eiserne Consequenz, die in der Gleichheit sich ausspricht, hatte als solche für sie etwas Imponirendes, machte ihnen die Resultate, zu denen sie führte, erträglich, und mit der vermeintlichen „Unbilligkeit" einer Entscheidung konnte den Betroffenen selber der Gedanke versöhnen, daß die Gerechtigkeit einmal es so mit sich bringe. Auch für das Rechtsgefühl gibt es eine Abhärtung und Verweichlichung, und die Römer waren am wenigsten das Volk, das, wo es große Zwecke galt, zurückgebebt wäre, denselben die Rücksichten auf individuelles Wohl zu opfern. Die unausbleibliche Verwirklichung des Gesetzes, die Ausschließung jeglicher Partheilichkeit und Willkühr, das waren Gedanken von solcher Gewalt über das römische Gemüth und ihm durch die den XII vorausgehende Periode patriarchalisch-willkührlicher Justiz (§. 25) so tief eingeprägt, daß die Nachtheile, die mit dem System verbunden waren, willig ertragen wurden.

Darum also — und dies ist ein charakteristischer Zug des ältern Rechts im Gegensatz des neuern — rücksichtslose Herrschaft

98) So wenigstens faßt Cicero das bekannte Verbot der XII Tafeln auf, pro domo c. 17: vetant XII tabulae leges privis hominibus irrogari, pro Sextio c. 30. de legib. III. c. 19: privilegia tollit.

der abstracten Regel, entschiedene Abneigung gegen alles Individualisiren im Recht.

War damit der Gleichheit vor dem Gesetz schon ein Genüge geschehen? Gewiß nicht, denn, wenn es auch verwehrt war, im einzelnen Fall eine Ungleichheit, eine Ausnahme von der Regel eintreten zu lassen, so war dadurch doch die Einführung einer generellen Ungleichheit vor dem Gesetz, z. B. durch gesetzliche Bevorzugung oder Zurücksetzung gewisser Stände noch nicht ausgeschlossen. Es führt mich dies auf einen wichtigen Unterschied: den der rechtlichen Verschiedenheiten und rechtlichen Ungleichheiten. Daß das Gesetz an gewisse natürliche Unterschiede der Menschen und Sachen rechtliche Verschiedenheiten knüpfen darf und soll, leuchtet ein. Die Stellung der Frau bedingt andere Rechtssätze, als die des Mannes, das Kind kann rechtlich nicht dem Erwachsenen gleich behandelt werden, und die natürliche Verschiedenheit des Gegenstandes, z. B. die Eigenschaft der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit wird gleichfalls auf das Recht nicht ohne Einfluß bleiben können. In politischer Beziehung gilt ganz dasselbe, und es gehört der gänzliche Mangel politischer Einsicht und historischer Kenntnisse dazu, um dies zu verkennen. Von diesen rechtlichen Verschiedenheiten sind zu scheiden die Ungleichheiten vor dem Gesetz d. h. Abweichungen von der Regel des Rechts, die nicht durch objective Gründe, sei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verschiedenheiten geboten sind, sondern lediglich eine Bevorzugung[99]) eines Standes oder einer Klasse von Personen auf Kosten anderer bezwecken, und deren letzter Grund nur in dem Uebergewicht des Einflusses besteht, den dieser Stand auf die gesetzgebende Gewalt auszuüben und in seinem egoistischen Interesse auszubeuten verstand.

Daß sie einen Verstoß gegen die Idee der Gerechtigkeit enthalten, eine Partheilichkeit und Willkühr, die mit der des Richters

99) Der Kürze wegen habe ich im Text nur auf Bevorzugungen (s. g. privilegia favorabilia) Rücksicht genommen; was von ihnen gesagt ist, gilt aber ebensowohl von Zurücksetzungen (s. g. privil. odiosa).

auf völlig gleicher Stufe steht, ist unschwer zu ersehen. Soll der Richter Niemanden bevorzugen, wie dürfte es der Gesetzgeber? Auch er soll seine Macht nur im Dienst der Gerechtigkeit benutzen; wie könnte Gleichheit das höchste Gesetz und das Ziel der richterlichen Gewalt sein, wenn sie es nicht für die gesetzgebende wäre?

Dieser Unterschied zwischen rechtlichen Ungleichheiten und Verschiedenheiten ist nicht bloß in der Idee begründet, sondern er lebt im Gefühl der Völker. In der Anwendung desselben können sie freilich sehr divergiren; was dieser Zeit als eine durch innere und äußere Gründe gebotene rechtliche Verschiedenheit erscheint, darin findet eine folgende vielleicht eine schreiende Ungleichheit vor dem Gesetz. Der Grund dieser Differenz ist Theils ein objectiver, die Verschiedenheit der historischen Voraussetzungen — mit letzteren steht und fällt die relative Berechtigung eines Instituts, — Theils ein subjectiver, die verschiedene Reizbarkeit und Empfänglichkeit des nationalen Rechtsgefühls. Es hat vielleicht nie ein Volk gegeben, bei dem dieselbe einen so hohen Grad erreicht hätte, als bei den alten Römern; das ältere Privatrecht kennt kein einziges Vorrecht, kein eigentliches Privilegium eines einzelnen Standes,[100]) und die aufgestellte Regel schreckt vor keinem Verhältniß zurück (z. B. die Personalexecution geht gegen Verwandte mit derselben Härte, wie gegen Fremde), Ausnahmen von einer Regel sind dem ältern Recht so gut wie unbekannt. In diesem Eindruck der Gleichheit, den das alte Recht und insbesondere das XII Tafel-Gesetz auf sie machte, vereinigen sich die Urtheile von Livius, Cicero und Tacitus.[100a])

Der Gleichheitstrieb desselben äußert sich also — und dies ist das zweite Moment zu seiner Bestimmung — auch darin, daß dasselbe bei seiner Generalisirung die äußerste Allgemeinheit und

---

100) Von den Patriciern und Plebejern wird gleich die Rede sein. Daß die Ehrenrechte der weltlichen und geistlichen Beamten damit nicht in Widerspruch stehen, braucht wohl kaum bemerkt zu werden. Was sonst an Privilegien sich etwa aufführen ließe, wird unten berücksichtigt werden.

100a) S. das Motto dieses § und Note 90.

Weite erstrebt, sich möglichst wenig zum Particularisiren herabläßt. Während andere Rechte z. B. das germanische mehr das Moment der Particularität und Besonderheit ins Auge fassen, und darüber das der Gemeinsamkeit aus dem Auge verlieren, macht das ältere römische Recht es gerade umgekehrt.

Verfolgen wir die römische Gleichheit nunmehr etwas näher im Einzelnen und zwar zuerst in politischer, sodann in privatrechtlicher Beziehung. In beiderlei Rücksicht war die Geschichte des Kampfes der Patricier und Plebejer höchst bedeutungsvoll, und wie es denn fast keine Seite der ältern Rechtsgeschichte gibt, auf der dieser Kampf nicht seine Spuren zurückgelassen hätte, so glaube ich auch bei der vorliegenden Frage eine solche Spur zu entdecken. Der Druck, mit dem das patricische Uebergewicht so lange auf den Plebejern gelastet, hatte nothwendigerweise einen eben so starken Gegendruck hervorrufen müssen, die bitter empfundene Ungleichheit hatte das Gleichheitsgefühl nur um so höher spannen müssen, höher, als es ohne dieses Reizmittel vielleicht der Fall gewesen sein würde.

Eine solche Spannung kann so weit getrieben werden, daß die Saite reißt, daß das an sich berechtigte Streben in einen wilden Gleichheitsschwindel und eine fanatische Nivellirungssucht ausartet. So zur Zeit der französischen Revolution. Anders in Rom. Was die Plebs wollte und erreichte, war rechtliche Gleichstellung mit den Patriciern, Aufhebung der Standes-Privilegien; fremd aber war dem Römer die Vorstellung, als dürfte es im Staat keine Höhen und Tiefen geben, keine Gliederung der Gewalt, keine Ueberordnung und Unterordnung. Unendlich hoch ragte vor wie nach Zulassung der Plebejer zu den Magistraturen der Innhaber einer solchen über den einfachen Bürger hervor, sowohl hinsichtlich seiner Macht, um die ihn mancher constitutionelle Fürst hätte beneiden können, als hinsichtlich der Achtung und Ehre, die er genoß. Dasselbe Volk, das so eben aus seiner Mitte einen Magistrat gewählt hatte, huldigte ihm gleich darauf als Beamten mit aller Ehrerbietung und Unterwürfigkeit, und die

eines auf dem Thron geborenen Herrschers würdige königliche Hoheit und Würde, die manche Beamten in ihr Benehmen gegen das Volk zu legen wußten, wirft von der andern Seite ein nicht minder charakteristisches Licht auf das Verhältniß, in dem sie selber zum Volk zu stehen glaubten.

Einen anderweitigen sprechenden Beleg für die gesunde Beschaffenheit des politischen Gleichheitsgefühls der Römer gewährt die Fortdauer der servianischen Verfassung während der gegenwärtigen Periode. Dieselbe war bekanntlich eine Timokratie, und der Gedanke der Gleichheit kam in ihr in der Weise zur Anwendung, daß ein jeder in demselben Maße politische Rechte auszuüben hatte, in dem er an den Lasten des Staats participirte — ein Grundsatz, der natürlich eine große Ungleichheit in den politischen Rechten zur Folge hatte. Allerdings bestanden neben den auf dieser Verfassung beruhenden Centuriatcomitien auch die auf das Prinzip der Kopfzahl gegründeten Tributcomitien, allein das Uebergewicht des politischen Einflusses, die eigentlich bestimmende Kraft war doch lange auf Seite der ersteren, denn außer der gesetzgebenden Gewalt, die beiden gemeinschaftlich war, und dem Uebergewicht in der Criminaljurisdiction besaßen die Centuriatcomitien ausschließlich das Recht, die curulischen Magistrate zu wählen, über Krieg und Frieden zu entscheiden.

Andererseits bewährte sich die von den Plebejern errungene politische Gleichheit in glänzender Weise daran, daß seit Gleichstellung der Stände auch dem geringsten Plebejer rechtlich kein Hinderniß im Wege stand, die höchsten Stufen der Staatsverwaltung zu erklimmen und sich und sein Geschlecht durch eigenes Verdienst zu nobilitiren. Der Zuwachs seines Vermögens, den er durch Sparsamkeit und Betriebsamkeit herbeigeführt hatte, brachte ihn aus einer niedern in eine höhere Censusklasse, mit dem Vermögen mehrte sich sein politischer Einfluß, durch Auszeichnung im Felde oder daheim konnte er die Augen des Volkes auf sich ziehn und durch dessen Gunst zu den höchsten Ehrenstellen getragen werden. Auch in Rom wie überall bestimmte nicht persön-

liche Tüchtigkeit allein die Erfolge des Ehrgeizes; auch hier übte die Vergangenheit d. h. das Geschlecht, sociale Stellung, Reichthum, Verbindungen u. s. w., kurz Vorzüge, die Jemanden schon durch die Geburt zufallen können, factisch einen ungeheuren Einfluß aus und erschwerten demjenigen, dem sie abgingen, die Concurrenz im hohen Grade. Aber *rechtlich* war ihm diese Concurrenz möglich; jenes Uebergewicht ließ sich durch Glück, Energie, Tüchtigkeit paralysiren und ward, anstatt ein Hemmniß der wahren Kraft, nur ein Sporn zur gesteigerten Anspannung derselben.[100b])

Wie hier den Niedern kein rechtliches Hinderniß in seinem Laufe hemmte, so hielt umgekehrt auch kein künstliches Mittel den Hochgestellten auf seiner Höhe; sich auf derselben zu behaupten, war seine eigne Sorge. Institute wie z. B. die Familienfideicommisse, Lehen u. s. w., wodurch die neuere Rechtsbildung das Herabfallen von der Höhe zu verhindern gewußt hat, gab es in Rom nicht, so wenig wie Schranken, die den Zugang zu derselben verwehren sollten; in Rom konnte jeder durch eigne That ungehindert den Adel erwerben wie verlieren.

Wir gehen über zu dem Privatrecht. Nirgends ist wohl die Kluft zwischen der altrömischen und der germanischen Rechtsanschauung weiter und tiefer, als hier. Unsere germanische Rechtsanschauung hatte von jeher für die höchste Mannigfaltigkeit privatrechtlicher Verschiedenheiten Raum; jeder Stand, jeder Beruf, jedes Lebensverhältniß — der localen Rechtsverschiedenheiten ganz zu geschweigen — trieb sich seine eigenthümlichen Institutionen und Rechtssätze hervor, und dieser particuläre Bildungstrieb wucherte so üppig, daß das Gemeinsame darüber völlig verloren ging. Welche Fülle von rechtlichen Institutionen knüpft sich im

100b) Liv. 39, 40 omnes patricios plebejosque nobilissimarum familiarum M. Porcius longe anteibat. In hoc viro tanta vis animi ingeniique fuit, ut quocunque loco natus esset, fortunam sibi ipse facturus fuisse videretur. Auf welchen Widerstand freilich ein homo novus stieß, darüber s. z. B. Liv. 9, 46; 37, 57.

germanischen Rechte z. B. an die Unterschiede des Bürgers, Bauers, Kaufmanns, Adligen! Von alle dem im ältern römischen Recht keine Spur! Ein Recht gilt für alle Stände und Berufsarten, für Stadt und Land. Allerdings gibt es auch hier rechtliche Verschiedenheiten, aber dieselben schließen sich fast sämmtlich an die natürlichen Unterschiede des Geschlechts, Alters, der Familie, der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen u. s. w. an. Jene Unterschiede hingegen, die sich im germanischen Recht als so außerordentlich ergiebig bewährt haben, die des Berufs, der Lebensstellung u. s. w. sind hier so gut wie wirkungslos geblieben.[101])

Was ist der Grund? Hat man sich die Sache so vorzustellen, das deutsche Recht habe dem Particularisirungstriebe des Lebens die gebührende Anerkennung gewährt, das römische sie ihm versagt? Nichts wäre meiner Ansicht nach verkehrter. Nicht weniger als in Deutschland konnte sich auch in Rom jedes particuläre Rechtsbedürfniß befriedigen, d. h. jeder Stand und jede Berufsart konnte sich auch hier seine Rechtssphäre ganz seinem Bedürfniß gemäß gestalten, sich völlig frei bewegen; es war dies eine Folge des Prinzips der Autonomie, das in Rom im weitesten Umfange zugelassen war. Erheischte z. B. in Rom wie in Deutschland das Familieninteresse des Adels für das Erbrecht eine Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern, des Erstgebor-

---

101) Es ließen sich etwa nennen die Vorrechte der Soldaten (pignoris capio Gaj. IV. §. 27; das testamentum in procinctu war im Grunde ein Testament vor der Volksversammlung), der Publicanen (pign. capio Cicero in Verrem III. 11. Gaj. IV. §. 32.), der vestalischen Jungfrauen und des flamen dialis, aber wie unbedeutend sind diese Privilegien selbst gegenüber denen des späteren römischen Rechts! Sodann die Eigenthümlichkeiten des römischen Handelsrechts (das agere cum compensatione des argentarius Gaj. IV. §. 64, die gegen ihn statt findende act. receptitia Theophilus IV, 6 §. 8, die actio gegen den socius des argentarius, Auct. ad Heren. II. c. 13, das eigenthümliche Recht der Publicanengesellschaften l 59 pr. l. 63 §. 8 pro socio 17. 2, die actio exercitoria und institoria), welche aber zum Theil erst der spätern Zeit angehören.

nen vor dem Nachgebornen, so ließ sich dies in jeder Generation durch das Testament des jeweiligen Familienoberhauptes bewerkstelligen; bedurfte es für den Handelsverkehr nach Art unseres Wechselrechts eines besonders strengen obligatorischen Bandes, so konnten die Contrahenten durch die Gestaltung der Verträge dies Bedürfniß selber befriedigen; glaubten Corporationen eigenthümliche Normen nöthig zu haben, so mochten sie dieselben durch Statut festsetzen.[102] Glaubten Ehegatten oder sonstige nahe Verwandte, daß Gütergemeinschaft das der Innigkeit ihrer Verbindung entsprechende vermögensrechtliche Verhältniß sei, es stand ihnen nichts im Wege, ihren Wunsch in Form der societas omnium bonorum zu erfüllen.[102a] Es läßt sich also annehmen, daß im ältern Rom nicht weniger wie in Deutschland die nach Rang, Stand, Beruf u. s. w. verschiedenen Interessen sich ihre entsprechende rechtliche Befriedigung verschafften, so daß das in These für Alle gleiche Recht doch im Verkehr nach Maßgabe jener Verschiedenheiten eine verschiedene typische Gestaltung erhielt. Darin aber gehen nun die ältere römische und germanische Rechtsbildung weit auseinander, daß dort diese Productivität der Autonomie sich nur auf die Begründung der erforderlichen *concreten Rechtsverhältnisse* beschränkte und trotz der Gleichmäßigkeit ihrer Wiederholung keine abstracten Rechtssätze abwarf, stets im Zustande der Flüssigkeit verblieb, hier hingegen, begünstigt durch die mangelnde Schärfe der Unterscheidung zwischen Recht und Sitte, sich rasch als Recht *dieses* Standes, Kreises u. s. w. fixirte. Die Römer erfaßten den Unterschied zwischen Recht und Sitte und Recht im objectiven und subjectiven Sinn zu scharf, als daß bei ihnen derselbe Hergang möglich gewesen wäre. Bei ihnen

102) Note 54.

102a) Lebenslängliche Gütergemeinschaft zwischen *Ehegatten* l. 16 §. 3 de alim. (34. 1), zwischen *Mutter* und *Tochter* l. 78 pr. §. 8 ad Sc. Trebell. (36. 1.), zwischen *Brüdern* l. 3. 31 §. 4 de excus. (27. 1). Val. Max. 4, 4 §. 8. Philargyrius ad Virg. Bucol. 3, 90 ... omnia communia, unanimi fratres sicut habere solent.

hätte es in älterer Zeit[103]) zu dem Zweck, um die rechtliche Sitte und Gewohnheit eines Standes u. s. w. zum Recht desselben zu erheben, eines Gesetzes bedurft, die Anwendung dieses Mittels aber widerstritt dem Gleichheitstriebe des ältern Rechts, überhaupt dem Geist desselben. Mochte jedes corporative oder particuläre Interesse durch eigne Thätigkeit sich die ihm nöthige Gestaltung selbst verschaffen; was sollte die Gesetzgebung sich hineinmischen?

Die rechtlichen Verschiedenheiten der Personen, die das ältere Recht wirklich darbietet, und die sich, wie bereits erwähnt, vorzugsweise an natürliche Unterschiede anknüpfen, sind weder der Zahl noch ihrem intensiven Gehalt nach bedeutend; das Prinzip der abstracten Gleichheit scheint auch ihnen eine freie und breite Entwicklung verwehrt zu haben.

Der Gegensatz der Freien und Sklaven scheidet zunächst von der Betrachtung aus, denn der Sklave ist rechtlich keine Person, es kann also nur bei den Freien von Unterschieden der Person die Rede sein.[104]) Den bei weitem bedeutendsten Unterschied begründet der Umstand, ob die Person einer fremden Gewalt unterworfen ist oder nicht (alieni oder sui juris). Die hausherrliche Gewalt hatte im ältesten Recht hinsichtlich aller ihr unterworfenen Personen: Ehefrau, Kinder, Sklaven denselben Inhalt. Der Uebermacht der hausherrlichen Gewalt gegenüber hatte die natürlich-sittliche Ungleichheit in der Stellung dieser Personen *rechtlich* nicht zur Anerkennung gelangen können; die Entfaltung ihres verschiedenen sittlichen Charakters war Sache des Lebens und der Sitte, wobei jedoch der Censor nicht außer Acht zu lassen ist.

Für Kinder in der väterlichen Gewalt begründete das *Geschlecht* nach älterm Recht keinen nachweisbaren Unterschied.

---

103) Im dritten Rechtssystem ist dies anders geworden, und von manchen *Rechtssätzen* läßt es sich dort nachweisen, daß sie nur die Ablagerung einer constanten autonomischen Gestaltung concreter Rechtsverhältnisse enthalten.

104) In servorum conditione nulla est differentia §. 5 I. de jure pers. (1. 3) l. 5 pr. de statu hom. (1. 5).

Söhne und Töchter erbten zu gleichen Theilen; auch was Enterbung und Präterition anbetrifft, standen sie ursprünglich sich gleich.[105]) Der Einfluß des Geschlechts auf die Adoption und Emancipation stützte sich nicht sowohl auf die XII Tafeln selbst, als auf eine den zufälligen Ausdruck[106]) urgirende Interpretation derselben. Bei der Verheirathung der Kinder äußerte sich insofern eine Verschiedenheit, als die Tochter in Form der Dos einen Theil des väterlichen Vermögens erhielt, der Sohn nicht. Dagegen bewährte sich darin wieder die Gleichheit beider Geschlechter, daß der Vater die Kinder, ganz wie er wollte, in der Gewalt zurückbehalten oder aus derselben entlassen konnte.

Einflußreicher war die Verschiedenheit des Geschlechts für gewaltfreie Personen. Denn während das männliche Geschlecht mit erreichter Mündigkeit von der Tutel befreit war, blieb letztere für das weibliche Geschlecht lebenslänglich bestehn, wenngleich in anderem Umfang und mit anderer Gestaltung, als bei den Unmündigen. Außer der tutela mulierum ist namentlich die ausschließliche Befähigung des männlichen Geschlechts zur Innehabung der potestas über Kinder, zu der Verwaltung der Vormundschaft und der Functionirung als Solennitätszeuge hervorzuheben.[107])

---

105) S. Schrader zu Instit. de exh. lib. (2. 13), nämlich 1. Enterbung; l. 4 Cod. de lib. praet. (6. 28) scimus antea omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum. 2. Präterition; die Wirkung derselben war noch zu Ciceros Zeit keineswegs ausgemacht. Cic. de orat. I. 38.

106) „Filius"; Ulpian. X. 1. ... id enim lex XII tab. jubet his verbis: si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto. Weil das Gesetz nur des filius Erwähnung that, so begnügte man sich bei Töchtern und Enkeln mit einem einmaligen Verkauf.

107) Hinsichtlich der vestalischen Jungfrauen galten besondere Rechtsgrundsätze, z. B. was den Austritt derselben aus der väterlichen Gewalt, die testamenti factio (Gellius I. 12.), die Befreiung derselben von der Tutel anbetrifft (Gaj. I. 145). Ein sacraler Rechtssatz rücksichtlich ihrer Beerdigung in der Stadt: Serv. ad Aeneid. 9, v. 205. R. Elvers de reb. relig. 21.

Für das öffentliche Recht versteht sich der Einfluß des Geschlechts von selbst. Je inniger aber ursprünglich das Privatrecht mit dem öffentlichen verwachsen war, um so weiter mußte sich auch die privatrechtliche Unfähigkeit der Weiber erstrecken, namentlich also hinsichtlich aller Geschäfte, die früher vor der Volksversammlung vorgenommen wurden.[108]) Je mehr das Privatrecht sich dieser Beziehungen entledigte — und das war im wesentlichen bereits mit dem Beginn dieser Periode geschehen — desto mehr nahm damit auch die Fähigkeit der Frauenzimmer zu, und zur Blüthezeit des gegenwärtigen Systems gab es außer der Arrogation und theilweise dem Testament[109]) schwerlich ein Geschäft, welches dieselben unter Assistenz ihrer Tutoren nicht hätten vornehmen können.

Der Einfluß des Alters auf das Recht war verhältnißmäßig unbedeutend, er erschöpfte sich in der tutela impuberum, einem Institut, das nur höchst unvollkommen der natürlichen Schutzbedürftigkeit des Mündels Genüge leistete. Abgesehn von

---

108) Gellius V. 19 ... neque mulier arrogari potest, quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est.

109) Der Fähigkeit der Frauenzimmer zu testiren stand bei dem test. comit. cal. die Form entgegen, mit dem testam. per aes et libr. fiel das Hinderniß hinweg, denn der mancipatio waren sie fähig. Man behielt aber den alten Rechtssatz bei, der jetzt also nur noch durch materielle Gründe getragen sein konnte, und diese wird man wohl nur in der Tendenz finden können, das Vermögen der Familie zu erhalten. Durch Austritt aus der Familie, der das Frauenzimmer durch Geburt angehörte, wie er bei der Ehe mit manus erfolgte, hörte jene Rücksicht auf; umgekehrt konnte jetzt, wenn die Frau durch Tod ihres Mannes sui juris geworden war, das Testament dazu dienen, ihr Vermögen in ihre ursprüngliche Familie zurückzubringen, während dasselbe nach Intestaterbrecht an die angeheiratheten Agnaten und Gentilen gefallen wäre. Das Testament konnte hier also in der That der Familie jenen Dienst erweisen, in dem wir früher (§. 14) das ursprüngliche Motiv des römischen Testaments gesucht haben. So erklärt sich der Rechtssatz, den Cic. Topica c. 4 und Gaj. 1. §. 115 a berichten, daß nur ein Frauenzimmer, das eine capitis deminutio erlitten (Cic.) oder eine coemptio eingegangen (Gaj.) die test. fact. habe. Wie man in späterer Zeit die materielle Ausdehnung der test. factio auf alle Frauenzimmer vermittelte, darüber III. 270.

diesem Schutzmittel galten für den Pupillen ganz die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts, namentlich also — was für dieses Verhältniß gerade besonders drückend war — die Grundsätze über die Unzulässigkeit der Stellvertretung. Der Pupill mußte selbst handeln, der Tutor ertheilte nur die auctoritas; war jener dazu och nicht fähig, so konnte dieser ihn nicht vertreten, die Handlung mußte mithin unterbleiben.[110]) Selbst durch das besonders dringende Bedürfniß dieses Verhältnisses ließ sich also das ältere Recht nicht zu einer Ausnahme bestimmen. Ein Vorzug des Alters im Erbrecht, ein Recht der Erstgeburt ist dem römischen Recht jeder Zeit fremd geblieben.

Die Verschiedenheit der Sachen hat natürlich auch im ältern römischen Recht nicht ohne rechtlichen Einfluß bleiben können, allein derselbe ist hier doch mit dem, den er anderwärts z. B. im ältern deutschen oder im englischen[111]) Recht ausübt, gar nicht zu vergleichen. Von denjenigen rechtlichen Verschiedenheiten, die eine nothwendige Folge der natürlichen Verschiedenheit des Gegenstandes sind z. B. daß Prädialservituten nur an unbeweglichen Sachen, Noxalklagen nur bei Thieren und Menschen möglich sind,

---

110) Die entgegengesetzte Ansicht hat weder Quellenzeugnisse noch den Geist des ältern Rechts für sich, und man kann daher mit v. Scheurl Beiträge, B. 2 S. 11, allerdings seine „Verwunderung" darüber äußern, daß eine Autorität wie Keller sich noch neuerdings in seinem Civilprozeß S. 233 Anm. 641 dafür erklären konnte. Ueber die Möglichkeit der Vertretung des Pupillen durch den Tutor, insbesondere der prozessualischen gehen die Ansichten auseinander. Die obige vertheidigt v. Scheurl Beiträge II. 11, die entgegengesetzte Keller Civilprozeß §. 54 lediglich wegen der räthselhaften Stellvertretung pro tutela (pr. I. de iis per quos 4. 10, Theoph. ib.) im Widerspruch sowohl mit Gajus IV. 82, welcher ausdrücklich erwähnt, daß man zur Zeit der Legis-Actionen nur pro populo und libertatis causa alieno nomine habe klagen können, als auch mit der Darstellung des Theophilus. Daß Prozesse eines Unmündigen vertagt werden, ist doch nichts so Verwunderliches, man erinnere sich nur der B. P. ex edicto Carboniano.

111) „In dem sich mehr als in irgend einem andern Recht das Immobiliarrecht zu einem System für sich abgeschlossen hat." Gundermann Engl. Privatrecht I. 140. Einleitung XVI, XVII.

ein Darlehn lediglich an Fungibilien, ein Nießbrauch nicht an Consumtibilien denkbar ist, kann überall nicht die Rede sein. Dagegen hat sich allerdings die wirthschaftlich verschiedene Bestimmung eines praedium urbanum und rusticum fruchtbar erwiesen, in der dritten Periode freilich noch mehr, als in der gegenwärtigen, für die sich dies mit Sicherheit nur hinsichtlich der Prädialservituten und der actio aquae pluviae arcendae nachweisen läßt. Ebenso der Gegensatz der res mancipi und res nec mancipi, jenes historische Räthsel, von dem schon früher (§. 10) die Rede war. Ferner der Unterschied der Sachen, an denen das jus postliminii zusteht oder fehlt — der einzige Ort im römischen Recht, wo das Heergeräthe[112]) eine, wenn auch bescheidenere Rolle, als im deutschen Recht spielt. Der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen hat aber im ältern römischen Recht bei weitem nicht den Einfluß ausgeübt, den man von vornherein erwarten könnte. Wenn sich gleich einzelnes findet wie z. B. die Verschiedenheit der Usucapionszeit (1 und 2 Jahr), so verschwindet dies doch gegenüber der sonstigen Einflußlosigkeit jenes Unterschiedes. Der Besitz,[113]) das Eigenthum, Pfandrecht, Erbrecht, die obligatio sind gegen denselben im wesentlichen völlig indifferent, sowohl hinsichtlich der Formen, durch die sie begründet und geltend gemacht werden, als hinsichtlich ihrer materiellen Wirksamkeit. Um dies zu würdigen, erinnere man sich der höchst einflußreichen Rolle, die das Grundeigenthum im ältern deutschen Recht spielt, und die so weit geht, daß man von einem verschiedenen Sachenrecht an Immobilien wie Mobilien sprechen kann;[114]) ja selbst ein Vergleich des spätern römischen Rechts ist

112) Hase das Jus postliminii S. 47.

113) Ob die possessorischen Interdicte, hinsichtlich deren jener Unterschied allerdings wichtig wird, bereits dem ältern Recht angehören, ist mir mehr als fraglich; es ist hier nicht der Ort darauf einzugehn, wir werden bei einer andern Gelegenheit auf diese Frage zurückkommen.

114) S. z. B. Gerber deutsches Privatrecht §. 74. Das römische Eigenthum dagegen, die Usucapio, das Pfandrecht u. s. w. ist ganz derselbe Begriff

hier nicht ohne Nutzen.[115]) Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so recht das Wesen der römischen Abstraction. Durch die natürlichen Unterschiede der Sachen hindurch dringt sie zu dem Begriff der Sache hinauf, und indem sie fortan nur mit ihm operirt, hat sie den Einfluß des natürlichen Moments überwunden, und es accommodirt sich folgeweise nicht der Begriff (des Eigenthums, Erbrechts, u. s. w.) der Sache, sondern die Sache dem Begriff. Eine Zersplitterung des Grundbegriffes, wie im germanischen Recht, wo die Begriffe sich so willig auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Krystallisationsprozesses sich anzuschließen, eine solche Zersplitterung widerstrebte der innersten Natur des römischen Rechts.

Diese prinzipielle Irrelevanz und völlige Unterordnung der natürlichen Verschiedenheiten der Sachen gegenüber dem Rechtsbegriff fällt so sehr ins Gewicht, daß die oben genannten Fälle, wo diesen Verschiedenheiten unbeschadet des Rechtsbegriffs irgend eine rechtliche Auszeichnung zu Theil geworden ist, gar nicht da-

---

für bewegliche wie unbewegliche Sachen. Am significantesten möchte es sein, daß sich das Erbrecht so gänzlich dem Einfluß dieses Unterschiedes verschlossen hat.

115) S. das dritte System. Einzelnes will ich hervorheben. 1. Heimliche Apprehension verschaffte früher den Besitz sowohl bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen, später nur bei ersteren. L. 7, 47 de poss (41. 2) Savigny Recht des Besitzes §. 31. 2. Auch an unbeweglichen Sachen war früher ein furtum möglich (Gaj. II. §. 51. Gellius XI. 18 ... nach einer Notiz aus Sabinus de furtis: sed fundi quoque et aedium fieri furtum), nach späterm Recht nicht. 3. Nach neuerm erfordert das Depositum eine bewegliche Sache, nach älterm wird es wohl eben so wie das Commodat (l. 1 §. 1 commodati 13. 6) an unbeweglichen Statt gefunden haben. 4. Veräußerungsverbote: fundus dotalis, praedia rustica und suburbana bevormundeter Personen. 5. Requisit der Präsenz der Sache bei der Mancipation, hinsichtlich der unbeweglichen späterhin aufgegeben (Gajus I. §. 121 .. praedia vero absentia solent mancipari). Das nähere darüber bei der Theorie der Rechtsgeschäfte. 6. Das System der possessorischen Interdicte, wenn es wirklich erst der spätern Zeit angehört.

neben in Betracht kommen können, und so dürfen wir sagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generalisirung sich an den Sachen nicht minder bewährt, als an den Personen.

Wir haben diese Idee jetzt noch nach einer sehr wichtigen Seite hin zu verfolgen, nämlich nach Seiten des Einflusses, den sie auf die Stellung des Richters (worunter ich hier auch den Prätor verstehe) ausgeübt hat. Es ist oben (S. 74) die ältere Civilrechtspflege als eine Rechtsmaschine bezeichnet, die mit möglichster objectiver Berechenbarkeit, Gleichmäßigkeit und Sicherheit den Umsatz der abstracten Regel in concretes Recht herbeiführen soll. Man könnte den alten Prozeß die dialektische Selbstbewegung des Gesetzes nennen, eine legis actio in diesem (subjectiv-genitivischen) Sinn. Darin liegt nun nicht bloß eine möglichste Einengung des Richters in prozessualischer Beziehung (modus procedendi), sondern eben sowohl in materieller Beziehung, also eine Gestaltung des Rechts, die den Einfluß des subjectiven Elements möglichst ausschließt. Nicht also bloß die gesetzliche Formulirung der Rechtssätze — hiervon war schon bei Gelegenheit des Selbständigkeitstriebes die Rede — sondern ein solcher innerer Zuschnitt derselben, der sie einer rein mechanischen, schablonenartigen Anwendung fähig macht, es dem Richter ebensowohl erspart als verwehrt, sich in das rein Individuelle des ihm vorgelegten Falles zu versenken.

Dieser Gesichtspunkt hat in der That die Gestaltung des ältern Rechts bestimmt. Abgesehn von der Beweisfrage, hinsichtlich deren der Richter zu jeder Zeit in Rom durch Regeln verhältnißmäßig sehr wenig beschränkt war, waren ihm in allen andern Beziehungen die Hände gebunden. Rücksichtlich des Prozesses werden wir an spätern Stellen Gelegenheit haben uns davon zu überzeugen, für das materielle Recht will ich einige Beispiele herausgreifen, die ganz besonders geeignet sind, diese Behauptung zu beweisen und den großen Unterschied zu veranschaulichen, der in dieser Hinsicht zwischen dem ältern und neuern Recht obwaltet.

Ich verweise zunächst auf die rechtliche Behandlungsweise der

Zeit. Die Fristen des ältern Rechts wurden continue berechnet d. h. für alle Personen und Verhältnisse abstract gleich, so daß auf Verhinderung keine Rücksicht genommen ward, und selbst die Unmöglichkeit der Beachtung der Frist nicht gegen die nachtheiligen Folgen der Versäumniß schützte. Bei den Fristen hingegen, die in späterer Zeit der Prätor für seine Institute einführte, trat die entgegengesetzte Behandlung ein, sie wurden utiliter d. h. ganz individuell berechnet, die Zeit also, in der ein Hinderniß für die Vornahme einer Handlung bestand, nicht in Anschlag gebracht. Der Umschwung in der Ansicht, der sich in diesem Gegensatz verkörpert hat, wirkte später auch auf die Behandlung der altcivilen Fristen wohlthätig zurück. Theils nämlich half der Prätor hinsichtlich ihrer im Falle entschuldbarer Versäumniß, z. B. wegen nothwendiger Abwesenheit durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, theils hielt der Prätor im Geiste der neuern Rechtsbildung sich für ermächtigt, die alten Fristen von vornherein je nach Umständen zu erweitern oder zu verengern.[116])

Ein anderes und zwar viel umfassenderes Gebiet, auf dem sich meiner Ansicht nach die Differenz des ältern und neuern Rechts in hohem Maße bethätigt hat, ist das System des Schadenserſatzes und Interesses (der richterlichen litis aestimatio). Der Gegensatz der abstracten Gleichheitstendenz und der individualisirenden Behandlungsweise äußert sich auf diesem Gebiete als der der objectiven oder absoluten und subjectiven oder relativen Aestimation (Interesse). Das heißt, eine schuldige Leistung oder ein Schaden läßt sich entweder rein nach dem objectiven Geldwerth des geschuldeten, beschädigten, vernichteten[117]) Ob-

116) z. B. hinsichtlich der Execution. Recht der XII Tafeln: Gellius N. A. 20, c. 1 (30 und 60 Tage), neueres Recht: Ulpian. in l. 2 de re jud. (42. 1): qui pro Tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat, sed nonnumquam arctat nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia.

117) Bei Beschädigungen der objective Betrag derselben d. h. die Diffe-

jects taxiren, so daß also die rein individuellen Momente dieses bestimmten Forderungsverhältnisses gar nicht mit in Rechnung kommen, oder umgekehrt letztere bilden den Maßstab der Beurtheilung, so daß also der relative Werth einer Leistung von diesem Beklagten an jenen Kläger, die nachtheilige Einwirkung der unterbliebenen Leistung oder des begangenen Delicts auf dieses bestimmte Vermögen ermittelt werden muß. Die objective Aestimation gelangt stets zu demselben Resultat, möge der Gläubiger dieser oder jener sein; sie beschränkt sich ja lediglich auf den zunächst getroffenen Punkt, die Rückwirkung dieses Punktes auf das ganze Vermögen — gerade der Umstand, der eine Verschiedenheit des Schadens in den einzelnen Fällen begründen könnte — ist für sie völlig gleichgültig. Die relative Aestimation hingegen verfolgt die Schwingungen der in Frage stehenden Thatsache innerhalb dieses bestimmten Vermögens, und je nach den besondern Voraussetzungen reichen diese oft weiter, oft weniger weit.

Dieser Gegensatz, der in der Natur der Sache begründet ist, ist auch im römischen Recht anerkannt; gewisse Verhältnisse gehen auf ein „certum" (ein ganz bezeichnender Ausdruck für objective Aestimation), gewisse auf ein incertum (relative Aestimation). Meiner festen Ueberzeugung nach gehört dieser Gegensatz aber noch nicht dem ältern Recht an, sondern letzteres hat lediglich die objective Aestimation gekannt, und die relative ist erst mit dem dritten System aufgekommen.[118]) Da diese Behauptung auf großen Widerspruch stoßen dürfte, und sie mir doch für die Charakteristik des ältern Rechts von großer Wichtigkeit ist, so bin ich

renz im Preise der Sache vor und nach der That. Bei der act. quanti minoris tritt eine ähnliche Differenzberechnung ein.

118) Ganz so im deutschen Recht. Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 32: „Auch nach älterm deutschen Recht kann man nur den ursprünglichen Gegenstand des Vertrages oder seinen absoluten Werth einklagen; Interessen und Verzugszinsen sind dem deutschen Recht im allgemeinen fremd." Wer sie wollte, mußte sie sich durch accessorischen Vertrag ausbedingen (S. 37 daselbst), späterhin wurde derselbe als sich von selbst verstehend supponirt.

gezwungen, sie ausführlich zu rechtfertigen. Der Versuch der Rechtfertigung wird uns, wie man über das Resultat desselben auch denken möge, jedenfalls bei charakteristischen, hieher gehörigen Erscheinungen des ältern Rechts vorbeiführen und dürfte also auch im schlimmsten Fall nicht ohne Nutzen sein.

Es ist ersichtlich, wie sehr die absolute Aestimation der ganzen Tendenz des ältern Rechts, die relative der des neuern entspricht. Letztere, in das ältere Recht hineinversetzt, würde hier eine fremdartige, völlig isolirte Erscheinung sein, würde hier einen Boden vorfinden, auf dem sie nicht gedeihen könnte, eine Umgebung, mit der sie im Widerspruch stände. Ein römischer Richter der ältern Zeit, im übrigen so ganz und gar auf die schablonenmäßige Anwendung des Rechts hingewiesen, der Berücksichtigung des individuellen Moments in den Rechtsverhältnissen so völlig ungewohnt und unzugänglich, hätte sich hier in das krause Gewirr rein individueller Vermögensbeziehungen vertiefen, einen Maßstab anlegen sollen, der ihm sonst grundsätzlich untersagt war? Ich muß gestehen, ich kann dies mit meiner ganzen Auffassung des ältern Rechts nicht reimen. Wenn der Richter die Zeitfristen berechnet, so mißt er mit dem abstract-gleichen Maß, und es kümmert ihn das rein Individuelle nichts; wenn er aber das Aequivalent für die schuldige Leistung berechnet, sollte er jenen Maßstab aufgeben und das Aequivalent mit Rücksicht auf das Interesse dieses bestimmten Klägers ermitteln? Hinsichtlich des Gegensatzes zwischen dem tempus continuum und utile wissen wir, daß das eine Glied desselben der ältern, das andere der spätern Zeit angehört; sollte es mit dem völlig gleichen Gegensatz zwischen der objectiven und relativen Aestimation eine andere Bewandniß haben?

Wie will man ihn denn sonst erklären? Und einer Erklärung bedarf er doch, denn eine solche zwiespältige Behandlungsweise, so verständlich sie wird, wenn man sie wie im deutschen Recht auf den Conflict der Rechtsanschauungen verschiedener Zeiten zurückführen kann, erscheint abgesehn davon höchst befremdend. Man wird sagen: die Verschiedenheit des Maßstabes hatte ihren Grund

in der Verschiedenheit der Verhältnisse; nach Ansichten des Verkehrs sei bei gewissen Verhältnissen nach dem Zweck und Bedürfniß derselben der absolute Maßstab ausreichend erschienen, bei Verhältnissen anderer Art, von anderem Zweck und Inhalt habe das Verkehrsbedürfniß den relativen Maßstab erfordert. Ich glaube diesen möglichen Erklärungsversuch als völlig unhaltbar zurückweisen zu können und zwar mittelst einer Erscheinung des ältern Rechts, die ich als das System der indirecten Befriedigung des Interesses bezeichnen möchte.

Mit diesem System verhält es sich folgendermaßen. Es gibt ein bekanntes, höchst brauchbares Mittel zur Erledigung der Interessenfrage, welches darin besteht, daß der Gläubiger sich für den Fall der nicht rechtzeitig oder überall nicht erfolgenden Leistung eine bestimmte Summe vom Schuldner versprechen läßt. Es kann diese Vereinbarung mehr aus der Intention hervorgehen, den Schuldner durch die Aussicht auf Strafe zur rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu veranlassen (Conventionalpön), oder sie kann mehr den Sinn haben, daß die vorherige Vereinbarung der Partheien über den Betrag des Interesses den Gläubiger des schwierigen Beweises dieses Punktes überheben soll.[118a]) Der Zweck des Gläubigers besteht hier zwar in Deckung seines Interesses (eines incertum), allein die juristische Form, in der er dies erreicht, ist die des certum; die richterliche Beurtheilung braucht hier also den Boden der objectiven Aestimation gar nicht zu verlassen. Diesen Weg schlug nun in Rom sowohl der Verkehr als auch die Gesetzgebung ein. Was ersteren anbetrifft, so finden wir in späterer Zeit dies Mittel einer vorherigen vertragsmäßigen Veranschlagung des Interesses in ausgedehntester Weise benutzt,[119]) ja selbst im Prozeß wußte man dasselbe mit

118a) Anerkennung dieses Gegensatzes von Seiten der römischen Juristen l. 4 §. 7 de damn. inf. (39. 5) l. 7 §. 2 quod fals. (27. 6). F. Mommsen Zur Lehre vom Interesse S. 19.

119) Jede Seite der justinianeischen Pandekten gibt Beispiele, z. B. war die stipulatio duplae für den Fall der Schadhaftigkeit oder Eviction der Sache

Erfolg anzuwenden.[120]) Um so eher läßt sich dieselbe Sitte für die ältere Zeit annehmen, und es leuchtet ein, daß der Verkehr vermöge dieses Mittels im Stande war, das System der objectiven Aestimation ohne sonderliche Nachtheile zu ertragen. Nur da war allerdings dies Mittel nicht ausreichend, wo nach der Natur des Verhältnisses eine vorherige Stipulation sich nicht denken ließ z. B. bei Delicten, bei dem Anspruch des Pupillen gegen den Vormund u. s. w., und hier bedurfte es der Beihülfe der Gesetzgebung. Ohne dieselbe würde der natürliche Anspruch des Betheiligten auf Leistung des Interesses bei der herrschenden Weise der Aestimation nicht zu seiner Befriedigung gelangt sein; der Betheiligte würde nur den objectiven Werth der Verletzung erhalten haben, nicht den Ersatz der nachtheiligen Wirkungen der Verletzung auf sein Vermögen. Die Gesetzgebung leistete diese Beihülfe in der obigen Form, d. h. sie gewährte ein vom Standpunkt der objectiven Aestimation aus zu bestimmendes und in der Regel mehr als ausreichendes Surrogat für das Interesse. Gewiß sind uns nicht alle Beispiele erhalten, aber schon die vorhandenen genügen, um uns die Ueberzeugung zu gewähren, daß wir es hier nicht mit einzelnen Bestimmungen, sondern mit einem consequent durchgeführten System zu thun haben.

Seine höchste Spitze[121]) erreicht dieses System in der pecu-

---

so allgemein, daß sie, wenn unterlassen, fingirt ward l. 31 §. 20 de aed. ed. (21. 1) l. 37 §. 1 de evict. (21. 2). Auch für die objective Aestimation von Sachen stellte sich der Verkehr im voraus sicher durch Vereinbarung über den demnächst zu Grunde zu legenden Taxwerth der Sache z. B. bei der dos (s. g. aestimatio taxationis causa) und (wenn auch gewiß weniger häufig) bei der societas, dem commodatum, depositum u. s. w. L. 52 §. 3 pro socio (17. 2) l. 7 §. 5, l. 52 de don. i. V. et U. (24. 1.).

120) z. B. bei der fructus licitatio der interdicta retinendae possessionis (Puchta, Institt. Bd. 2 §. 169), bei den prätorischen Stipulationen, deren Fassung auf bestimmte Summen von den Juristen sehr anempfohlen ward. L. ult. de praet. stip. (46. 5): quoniam difficilis probatio est, quanti cujusque intersit.

121) Solche für alle Personen und Fälle sich gleich bleibende Summen finden sich auch anderwärts im ältern Recht z. B. bei der legis actio sacra-

niären Tarifirung gewisser Delicte z. B. der Injurien,[122]) des Abhauens fremder Bäume.[123]) Dies Mittel war jedoch nur in den wenigsten Fällen anwendbar, die Regel bildete vielmehr, daß die Strafe in einem Mehrfachen des Werths der verletzten Sache[124]) oder in einem sonstigen objectiv bestimmbaren Zusatz[125]) zu demselben bestand.

Auf die Delicte war jedoch dies System keineswegs beschränkt, es erstreckte sich vielmehr auf Verhältnisse aller Art. Manche reipersecutorische Klagen gingen von vornherein auf das Doppelte[126]) so z. B. die actio rationibus distrahendis

---

mento 50 und 500 ass., bei der lex Furia die 1000 ass. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die scheinbare Gleichheit, die sie herstellen, in der That zur äußersten Ungleichheit führen kann. Für die Tendenz der abstracten, mechanischen Gleichheit des ältern Rechts ist nichts bezeichnender, als daß der Reichste sowohl wie der Aermste eine Injurie mit 25 ass. bezahlte und bezahlt erhielt, und daß die größte Verschiedenheit in den Vermögensverhältnissen für das durch die lex Furia limitirte Maximum der Legate einflußlos war.

122) Nach den XII Tafeln 25 ass.; bei schweren Körperverletzungen für Freie 300 ass., für Sklaven 150 ass.

123) 25 ass. nach demselben Gesetz. Plinius H. N. 17 c. 1. — Auch das neuere Recht bediente sich in manchen Fällen dieses ganz zweckmäßigen Mittels der Tarifirung, z. B. l. 42 de aed. ed. (21. 1) l. 1 pr. de his qui effud. (9. 3) l. 47 pr. de man. vind. (40. 4) l. 3 pr. de term. moto (47. 21) u. a.

124) Das Duplum, Triplum, Quadruplum, wie z. B. beziehungsweise bei der actio furti nec manifesti, furti concepti et oblati, furti manifesti, den Klagen gegen den Wucherer (Cato de re rustica. Prooem.), bei der dedicatio rei litigiosae l. 3 de litig. (44. 6) (Gajus lib. 6 ad leg. XII tabul.) u. s. w.

125) z. B. bei der act. legis Aquiliae, die ursprünglich nicht auf das Interesse, sondern auf den objectiven Werth des letzten Jahres, beziehungsweise Monates ging, §. 10 I. ad leg. Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc., was sich auch ohne diese Notiz aus andern Gründen deduciren ließe. Die Usurae rei judicatae nach Ablauf der viermonatlichen Frist betrugen bis auf Justinian 24 p. C. l. 2 Cod. de usur. rei jud. (1. 54.)

126) Das Doppelte des Sachwerths erschien den Römern als vollständiges Aequivalent des Interesses, in der ältern sowohl wie in der neuern Zeit.

des Mündels gegen den Vormund,[127]) die Klage gegen den, der eine Sache mancipirt hatte, wegen fehlender dicta promissa und Evictionsleistung,[128]) die actio de tigno juncto gegen den, der wissentlich fremdes Baumaterial verbaut hatte, und bei allen[129]) in rem actiones wurde der Beklagte auf doppelte Früchte verurtheilt. Andere Klagen erhielten erst durch das Läugnen des Beklagten die Richtung auf das Doppelte.[130]) Eine besondere Beachtung verdient die condictio certi auf baares Geld. Dem Gläubiger, dem es um rechtzeitige Zurückzahlung seines Kapitals zu thun war, versagte hier das gewöhnliche Mittel einer Conven-

---

Ich erinnere z. B. an die cautio duplae beim Kauf, die Bestimmung der lex Julia de adult. in l. 27 pr. ad leg. Jul. (48. 5). Hiermit hängt auch das Verbot der usurae supra alterum tantum und Justinians bekannte Bestimmung über das Duplum beim Interesse (l. un. Cod. de sententiis quae pro eo, 7. 47) zusammen.

127) Sie war keine Pönal-, sondern eine reipersecutorische Klage l. 55 §. 1 de admin. tut. (26. 7) v. Savigny Obligationenrecht B. 1 S. 207. Denselben Charakter hatte die aufs Doppelte gerichtete Klage gegen die Publicanen wegen Erpressung unzuständiger Abgaben l. 5, 6 de publicanis (39. 4). Mit der actio depositi, von der Paulus Sentent. Rec. II. 12 §. 11 berichtet, daß sie nach den XII Tafeln aufs Doppelte gegangen sei, hatte es, wie ich an einem spätern Ort zu zeigen versuchen werde, eine besondere Bewandniß.

128) Varro de re rust. II. c. 10. Paul. Sent. Rec. II. 17 §. 3: si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur. Cicero de offic. III. 16: Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui esset infitiatus (nicht: wer dies in Abrede gestellt hat, sondern: wer dabei d. h. bei der Nuncupation die Unwahrheit gesprochen, eine falsche Versicherung ertheilt hat) dupli poenam subiret. Daß dieser Fall nicht zu den Litiscrescenzfällen gehört, hat Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. B. 14 S. 423—455 überzeugend dargethan.

129) So wie bei der act. ad exhibendum. S. Bachofen Pfandrecht B. 1 S. 214 Anm. 6.

130) Es gehören dahin z. B. namentlich die act. depensi des Bürgen gegen den Schuldner, die act. judicati, das Nexum, das Damnationslegat, das damnum injuria datum. Gaj. IV. §. 171. Es ist übrigens schon im ersten Bande S. 149, 150 ein Versuch zur Erklärung dieser Litiscrescenz gemacht.

tionalpön,[131]) denn letztere mußte sich, wo es sich um Geld handelte, innerhalb der Gränzen der erlaubten Zinsen halten,[132]) damit aber war ihre Wirksamkeit sehr geschwächt und für den regulären Fall, daß Zinsen bis zum Betrage des gesetzlichen Maximums versprochen waren, völlig aufgehoben. Hier lag das Bedürfniß einer Hülfe von Seiten der Gesetzgebung vor. Dieselbe ward aber nur für den Fall gewährt, daß es wegen Läugnens des Beklagten zum Prozeß kam, und zwar in Form der sponsio tertiae partis[133]) (wodurch der Kläger außer der Hauptschuld noch ein Drittheil mehr erhielt); gegen den geständigen Schuldner fiel diese Schärfung hinweg. Jedoch scheint es auch Fälle gegeben zu haben, in denen der geständige, aber säumige Schuldner zur Strafe für seine Zögerung ein solches Plus zu entrichten hatte; in der lex Julia municipalis ist uns ein solcher Fall aufbewahrt.[134])

---

131) Beim Nexum hatte das Gesetz dem Gläubiger Macht genug über den Schuldner eingeräumt, um denselben auf dem Wege der Vereinbarung zur Leistung des Interesses zu zwingen. Gell. XX. 1 .. erat autem interea jus paciscendi: ähnlich wie beim furtum (B. 1 S. 125 ff.). Der Schuldner mußte sich hier wie dort loskaufen (pacisci), und gerade dieser Umstand machte das Nexum vielleicht so besonders drückend, in ähnlicher Weise wie die lex commissoria das Pfand.

132) Ich nehme wenigstens keinen Anstand, den Ausspruch der l. 13 §. 26 de act. emti (19. 1) und l. 44 de usur. (22. 1) und von Papinian in Vat. fragm. §. 11 auch auf die ältere Zeit zu beziehen.

133) Gaj. IV. §. 13, 171. Cic. pro Rosc. Com. c. 4, 5.

134) Lex Jul. munic. vers. 40—44. Wer seine Wegbaulast nicht erfüllt, auf dessen Kosten wird die Reparatur verdungen. Si is, qui adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumis, quibus ipse aut procurator ejus sciet adtributionem factam esse, ei, cui adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei cui adtributus erit dare debeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato, uti de pecunia credita (judicem) judiciumque dari oportebit. Eine Sponsio von Seiten des geständigen Schuldners wird in der lex Rubria c. 21 erwähnt. Es werden dort zwei Fälle unterschieden: 1) si is eam pecuniam in jure debere se confessus

Aber handelt es sich nun in allen diesen Fällen um ein Surrogat des Interesses? Es würde verkehrt sein, die beiden Gesichtspunkte der Strafe und des Interesses sich schlechthin gegenüber zu stellen. In vielen Fällen sind sie nur die zwei verschiedenen Seiten eines und desselben Verhältnisses. Vom Standpunkt des Beklagten aus stellt sich das, was er leistet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus als eine Satisfaction im weitesten Sinn d. h. eine Genugthuung sowohl für die persönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung liegt, als für seinen materiellen Verlust. Wie wenig der eine Gesichtspunkt den andern ausschließt, erhellt am besten daraus, daß die Römer selbst bei Klagen, die lediglich auf einfache Leistung des Schadensersatzes gerichtet sind, den Gesichtspunkt einer Strafe geltend machen.[135] Der eingestandene Zweck der Klage ist, dem Kläger sein *Interesse* zu verschaffen, und doch wird sie vom Standpunkt des Beklagten als Pönalklage bezeichnet. Es ließe sich auch noch auf die Conventionalpön verweisen, die ebenfalls, obschon sie nur den Zweck hat, dem Kläger ein Surrogat für das Interesse zu gewähren, vom Standpunkt des Beklagten aus eine poena genannt wird. Mochte in einigen der obigen Fälle immerhin der Gesichtspunkt der Strafe der überwiegende sein, selbst hier wurde mindestens *auch* der Erfolg erreicht, dem Kläger das Interesse zu verschaffen.[136] In manchen andern Fällen aber war umgekehrt der Ge-

---

erit neque id, quod confessus erit, (a) solvet satisvefaciet aut (b) se *sponsione* judicioque uti oportebit non defendet 2) sive is in jure non responderit neque sponsionem faciet neque judicio u. s. w.

135) Die von Savigny ganz im Geist der römischen Auffassung so bezeichneten: einseitigen Strafklagen. Gegen die Erben konnten sie nur in quantum ad eos pervenit gerichtet werden, und hierin äußerte sich namentlich ihre pönale Natur. Beispiele gewährt jedes Pandekten-Compendium bei Gelegenheit der Transmission der Klagen z. B. *Puchta* §. 88 not g.

136) Die auf die dedicatio einer res aliena in sacrum gesetzte poena dupli — eine reine poena — motivirt Gajus in der l. 3 de litig. (44. 6) in folgender Weise: ut id veluti *solatium* habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

sichtspunkt des Interesses der prinzipale,[137]) der der Strafe der secundäre, ja letzterer wohl gar gänzlich ausgeschlossen.[138])

Fragen wir uns also, auf welche Weise befriedigte das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse, so kann die Antwort nur lauten: auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation desselben.

Dies ist es aber allein, worauf es hier ankommt. Der Schluß, den wir darauf bauen, ist folgender. Jene indirecte Befriedigung des natürlichen Anspruchs auf das Interesse zeigt einmal, daß das ältere Recht einen solchen Anspruch als begründet anerkannte — warum sonst in Fällen, wo von einer Bestrafung des Beklagten keine Rede sein konnte, dem Kläger mehr zuwenden, als den einfachen objectiven Werth der Sache? Sodann aber beweist die indirecte Art und Weise, in der das ältere Recht diesen Anspruch befriedigte, daß der directe Weg einer Liquidation des Interesses ihm noch widerstrebte, und dies Widerstreben stimmt vollkommen zu dem ganzen Geist des ältern Rechts.

Der obige Einwand: Die Zwiespältigkeit der richterlichen Aestimation erkläre sich aus dem verschiedenen Zweck und Bedürfniß der Rechtsverhältnisse, ist also unhaltbar. Die innere Natur der auf ein certum gerichteten Obligationen sträubte sich keineswegs gegen die Berücksichtigung des Interesses, denn mittelbar ward dem Anspruch auf letzteres ja ein Genüge geleistet. Man könnte eher umgekehrt sagen: wenn bei ihnen in jedem einzelnen Fall, ohne daß es noch eines besondern Nachweises des Interesses bedurft hätte, ein Surrogat für dasselbe gewährt wurde, so liegt darin aufs deutlichste, daß sie in den Augen der Römer einen gerechten Anspruch auf Berücksichtigung des Interesses begründeten. Warum aber ward derselbe nur auf einem Umwege befriedigt,

137) So z. B. bei der act. rationibus distrahendis, bei der Klage gegen die Publicanen. Anm. 127.

138) Ich verweise z. B. auf die fructus dupli bei der rei vindicatio (si vindiciam falsam tulerit.)

warum stand dem Verletzten, wenn der directe Weg überhaupt bereits bekannt war, nicht auch letzterer offen?[139]) Ich finde keine andere Antwort darauf als: weil der directe Weg überhaupt noch nicht existirte. Consequenterweise bin ich zu der Annahme gezwungen, daß die Verhältnisse, bei denen sich nach späterm Recht die relative Aestimation findet, entweder in der ältern Zeit noch gar nicht klagbar waren, oder daß bei ihnen früher die objective Aestimation zur Anwendung kam. Der zweite Abschnitt wird uns zu einer Betrachtung dieser Verhältnisse Veranlassung geben, und dort werden wir auch auf diese Frage antworten.

Der Gegensatz der bisher geschilderten altrömischen und der particularisirenden und individualisirenden Behandlungsweise des deutschen Rechts ist für das wissenschaftliche Schicksal der beiden

---

139) Als der directe Weg eingeschlagen wurde, behielt man, wie es einmal in der conservativen Weise der Römer lag, für viele Verhältnisse die Behandlungsart des ältern Rechts bei. Beim mutuum ließ sich auch im neuern Recht nicht das Interesse liquidiren, während dies bei einem depositum irregulare von Geldstücken möglich war (f. l. 3 de in lit. jur. [12. 3]) — Bei einigen Verhältnissen aber ging man von der objectiven zur relativen Aestimation über z. B. bei der act. injuriarum (aestimatoria d. h. Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse statt der ein für alle Mal bestimmten 25 ass. des ältern Rechts) und zwar geschah es hier durch den Prätor. Sodann bei der act. leg. Aquiliae (f. Note 125). Hier vermittelte die Jurisprudenz den Fortschritt auf rein innerlichem Wege, nämlich durch eine freiere Interpretation. Diese letzte Erscheinung wird auch einen ähnlichen Vorgang bei der act. furti, nämlich den dort hervortretenden Conflict zwischen der objectiven und relativen Aestimation (cf. l. 50 pr. de furtis [47. 2] mit l. 27, l. 67 §. 1, 80 §. 1 ibid.) ins rechte Licht setzen, jedoch muß ich darauf verzichten, diesen Nebenpunkt hier weiter auszuführen. Ferner bei dem interd. uti possidetis, wo noch Servius das quanti ea res est im objectiven Sinn nahm, während die spätern Juristen darunter das Interesse verstanden l. 3 §. 11 uti poss. (43. 17) und ähnlich wird der Entwickelungsgang beim int. unde vi gewesen sein l. 6 de vi (43. 16) F. Mommsen a. a. O. S. 48. Ferner die act. de serv. corrupto, vergl. l. 9 §. 3 de serv. corr. (11. 3) mit l. 14 §. 7 ib. In welchem Maße diese Beispiele eines Ueberganges von der

Rechte höchst einflußreich geworden. Er läßt sich als Gegensatz der centripetalen und centrifugalen Richtung bezeichnen. Dort wirft sich die bildende Kraft vorzugsweise auf das Centrum, hier auf die Peripherie. Nun kann man allerdings eben so wohl von der Peripherie zum Centrum, wie von dem Centrum zur Peripherie gelangen, aber leichter und sicherer ist der letztere Weg. Wirft sich die productive Kraft des Rechts von vornherein auf die Ausbildung des Particulären und Besonderen, so ist es weit schwieriger, von diesem zum Generellen und Gemeinsamen hinaufzusteigen, als umgekehrt, wenn zunächst das allen gemeinsame Centrum kräftig entwickelt ist, von diesem zu den Besonderheiten hinunterzusteigen. Denn um dort dies Ziel zu erreichen, müssen erst sämmtliche einzelne Particularitäten, die vielleicht regellos auseinandergegangen sind, in einen Kreis gerückt, muß mühsam erst für sie ein Mittelpunkt gesucht und festgestellt werden. Die Wissenschaft des deutschen Rechts gewährt uns hierfür einen schlagenden Beleg, und die Nachtheile der überwiegend centrifugalen Richtung des deutschen Geistes sind auf ihrem Gebiete nicht minder sichtbar und fühlbar, als auf dem unserer politischen Geschichte.[140]) Wie es im Wesen des römischen Geistes lag zu cen-

---

objectiven zur relativen Aestimation die im Text verfochtene Ansicht unterstützen, brauche ich wohl nicht erst zu bemerken.

140) Der wissenschaftlichen Erforschung des deutschen Rechts steht gewiß noch eine große Ausbeute an „centralen" Gesichtspunkten bevor, an latenten höhern Rechtsprinzipien, die in den einzelnen Instituten sich verwirklicht haben, für die aber noch die rechte Formel nicht gefunden ist. Mit jeder solcher neuen Entdeckung wird die Kraft des deutschen Rechts sich verdoppeln und wird ein Stück des römischen Rechts von uns abfallen, ohne daß der Gesetzgeber zu dem Zweck seine Hand zu rühren hätte. Die Stärke der römischen, die Schwäche der germanischen Jurisprudenz liegt in der Ausbildung des centralen Moments, und hier ist der Punkt, wo letztere den Kampf aufzunehmen hat, und wo sie ihn mit großem Erfolg wird führen können. Dadurch daß unser Recht nach dieser Seite hin zu schwach war, ist das römische Herr über uns geworden; wollen wir uns von letzterem befreien, so ist das nicht der rechte Weg, die Differenz zwischen unserer particularisirenden und individualisirenden Rechtsanschauung und der römischen centralisirenden zu con-

tralisiren (§. 20), so hat derselbe auch innerhalb des Rechts von Anfang an das centrale Moment vorzugsweise kräftig entwickelt. Die Summe der für alle Institute, Verhältnisse, Klassen von Personen u. s. w. gemeinsamen Rechtssätze ist hier ungewöhnlich groß, die Summe der den einzelnen Instituten, Verhältnissen u. s. w. eigenthümlichen ungewöhnlich klein. Auf die Vortheile dieser Behandlungsweise brauche ich kaum aufmerksam zu machen. Eine kräftige Entwicklung des Centrums kommt dem ganzen Kreise zu gute; was hier gewonnen wird, hat nicht bloß eine punktuelle Bedeutung, sondern eine universelle, es theilt sich sofort nach allen Seiten hin mit. Nirgends also lohnt sich der Kraftaufwand mehr, als hier, nirgends ist es leichter, das Ganze zu übersehen, zu beherrschen und zu gestalten.

Dieser bleibende Gewinn, den das spätere Recht von dem Gleichheitstriebe des ältern gezogen hat, würde mit vorübergehenden Nachtheilen, die der Gleichheitstrieb für die ältere Zeit hätte haben können, nicht zu theuer erkauft worden sein. Ich mache diese Bemerkung nur, um daran die Warnung zu knüpfen, unsere heutige Anschauungsweise nicht in jene Zeit zu übertragen. Was für uns unerträglich sein würde und auch in Rom selbst späterhin unhaltbar ward, war der ältern Zeit nicht bloß keine Last, sondern ein theures Gut.

---

statiren — denn das heißt ja gerade dedueiren, wie nöthig uns das römische Recht war — sondern umgekehrt das centrale Moment der deutschen Rechtsanschauung zu cultiviren, nachzuweisen, daß wir nicht so arm sind, als man glaubt, nicht nöthig haben, unsern Bedarf an centralen Gesichtspunkten lediglich vom römischen Recht zu borgen.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

1. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen.

XXX. Mehr als irgendwo scheint es mir bei der vorliegenden Frage erforderlich zu sein, der Darstellung des ältern Rechts eine Rechtfertigung des Gesichtspunktes vorauszuschicken, unter dem ich dasselbe beurtheilen werde. Die Freiheit gehört zwar zu den Worten, die jeder im Munde führt, ohne eine Verständigung für nöthig zu halten, trotzdem aber kann ich dem Leser eine Ausführung über die Bedeutung der Freiheit nicht ersparen, denn die richtige Auffassung ist keineswegs, selbst nicht einmal innerhalb der Wissenschaft, so verbreitet, daß es genügte einfach darauf Bezug zu nehmen. Es gilt namentlich im folgenden einer Anschauungsweise entgegen zu treten, die in einem mangelnden Verständniß für das Wesen der Freiheit ihren Grund hat, und die sich nicht bloß in unsern Zuständen und Einrichtungen seit geraumer Zeit verkörpert, sondern — was uns hier ja zunächst berührt — für das römische Recht die schiefsten und verkehrtesten Urtheile zur Folge gehabt hat. Wenn ich nun zwar nur im Interesse des letzteren veranlaßt bin gegen jene Anschauungsweise zu polemisiren, so glaube ich mein Ziel doch nicht besser erreichen zu können, als wenn ich den apologetischen Zweck zunächst außer Augen setze und jene Auffassungsweise ganz abgesehn vom römischen Recht einer Kritik unterwerfe.

Einer der fundamentalsten Divergenzpunkte der positiven Rechte ist die Art und Weise, wie die Gesetzgebung für die Zwecke und Aufgaben der Gemeinschaft thätig wird. Sie kann es in einer Weise, daß sie sich im wesentlichen darauf beschränkt, lediglich die Voraussetzungen für die Verfolgung dieser Ziele und Aufgaben herzustellen und zu sichern, höchstens eine indirecte Bei-

hülfe zu gewähren, während sie die eigentliche Arbeit der freien Thätigkeit des Volks (der Einzelnen, Corporationen, Gemeinden u. s. w.) überläßt, so daß mithin letztere als die eigentliche vis agens des ganzen Systems erscheint. Dieses System, das nach einer einzelnen Seite hin unter dem Namen der Selbstregierung bekannt ist, nenne ich das System der Freiheit. Den Gegensatz dazu bildet ein System, bei dem die Gesetzgebung und Regierung die eigentliche Arbeit selbst in die Hand nimmt,[141]) positiv durch Gesetz und Zwang die Erreichung jener Ziele zu bewerkstelligen sucht; ich nenne es das des Zwanges oder der Unfreiheit.[142]) Der Gegensatz ist begreiflicherweise kein absoluter, denn es hat weder einen Staat gegeben, der Alles, noch einen, der Nichts der freien Thätigkeit des Volks hätte überlassen können. Aber eine ungeheure Verschiedenheit findet doch in dieser Beziehung Statt, und um dieselbe bestimmen zu können, wird es erlaubt sein, jene beiden Systeme in ihrer imaginären Reinheit zu Endpunkten einer Scala zu machen und in ihrer Gegensätzlichkeit zu charakterisiren.

Es gibt eine Auffassungsweise — und es ist die, welche ich oben im Auge hatte — bei welcher der Vergleich beider Systeme unbedingt zu Gunsten des Systems der Unfreiheit ausfallen muß — eine Auffassungsweise, die aus verschiedenen Gründen viel Verführerisches hat und auf den ersten Blick den Schein einer tief sittlichen Würdigung des Rechts hervorruft. Ausgehend von

---

141) Von den modernen Völkern repräsentirt vorzugsweise das englische das erste, das französische das zweite.

142) Von der Staatsform, ob dieselbe eine Monarchie oder Republik ist, sind beide Systeme unabhängig, das System der Unfreiheit ist eben sowohl in einer Republik möglich (wie das Beispiel Spartas in alter Zeit und der französischen in neuerer Zeit zeigt), als das der Freiheit in einer Monarchie, z. B. in England. Es zeigt so recht die Unreife und innere Unwahrheit des Freiheitsgefühls, wenn man zu gleicher Zeit für die Republik schwärmen und doch dabei mit dem System der Unfreiheit harmoniren kann. Man würde gleichgültiger gegen die Form der Staatsverfassung sein, wenn man für die wahre Freiheit mehr Sinn hätte.

dem an sich richtigen Gedanken der sittlichen Mission des Staats findet sie in dem System der Freiheit lediglich das Walten der bloßen Subjectivität, in dem der Unfreiheit hingegen die Herrschaft objectiver sittlicher Prinzipien[143] — dort Indifferentismus des Staats gegen seine höchsten Aufgaben, die Ueberantwortung derselben an den Zufall, insofern ja der gute Wille der Individuen Zufall ist — hier die Hingabe des Staats an seinen wahren Beruf, die praktische Anerkennung und Realisirung jener objectiven Prinzipien. Wenn es einmal, so könnte man argumentiren, Aufgabe des Staats ist, die höchsten Ideen, das Gute, Wahre, Schöne, Zweckmäßige u. s. w. zu verwirklichen: warum dieselben noch erst in Frage stellen, indem er sie dem freien Willen des Individuums oder Volks, also dem Zufall überläßt; warum bloß wünschen und hoffen, wenn der Staat den Erfolg, wie er es ja auf dem kürzesten und sichersten Wege durch das Gesetz vermag, mit Nothwendigkeit herbeiführen kann? Was dürfte ihn abhalten? Etwa die Rücksicht auf das Individuum? Aber das Individuum muß ja jene Prinzipien als für sich verbindlich anerken-

143) Ich wähle die Ausdrücke, deren Schmidt sich in seinem Buch über den prinzipiellen Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht (Note 43) bedient. So wenig ich verkenne, daß jenes Werk einzelne treffende Bemerkungen enthält, so beruht doch meiner Ansicht nach der Grundgedanke desselben auf jenem gewaltigen Trugschluß, den ich im Text aufzudecken versucht habe. Es stände schlimm um die germanischen Völker, und sie würden mit China und den orientalischen Völkern auf Eine Stufe rangiren, wenn sie in ihrem Recht das „Prinzip der Subjectivität" nicht anerkannt hätten. Man sollte nach dem Schmidt'schen Buch glauben, als ob nicht Gott, sondern der Teufel den Trieb nach Freiheit in des Menschen Brust gepflanzt habe. Denn wenn ersteres, gehört dann nicht das Prinzip der Freiheit mit zu den objectiven Prinzipien, verträgt es sich nicht mit dem Schmidt'schen „Sittengesetz"? Einer solchen Ansicht gegenüber, die sich den Schein einer tief sittlichen zu geben versucht, hielt ich es nicht für überflüssig, für die legitime Abstammung der Freiheit aus der Sittlichkeit eine Lanze zu brechen, ohne aber meinem Gegner dabei in seine Irrgänge, bei denen der rechtliche und moralische Gesichtspunkt in unglaublicher Weise durcheinander geworfen werden, weiter folgen zu können.

nen, und in demselben Maße, in dem letztere an Energie gewinnen, steigert sich auch das individuelle Wohl und der innere Frieden des Subjects. So wird also durch jenes System die Ordnung und das Gedeihen der sittlichen Welt erst wahrhaft von dem Zufall des subjectiven Beliebens emancipirt, zur objectiven Nothwendigkeit und zur Höhe der physischen Weltordnung erhoben. Sie ist damit der Eigenschaften theilhaftig geworden, die wir an der letzteren mit so vollem Recht bewundern — der Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit.

Die Zeit liegt noch nicht fern, wo diese Anschauungsweise die Gesetzgebung wie die Wissenschaft völlig beherrschte,[144] wo es als etwas Großes und Erhabenes erschien, das frische freie Leben und Weben in der sittlichen Schöpfung, die sittlichen Naturkräfte, wenn ich so sagen darf, zu verdrängen und dafür den Mechanismus eines Uhrwerkes zu substituiren, bei dem man sich von allen nicht actenmäßigen und gesetzlich concessio-

144) Die Philosophie sympathisirte darin mit der Jurisprudenz. Auch ihr war auf ihrem Gebiet die Freiheit nicht weniger unbequem, als der Jurisprudenz auf dem des Rechts, auch ihr galt das Gesetz, die logische, dialektische Nothwendigkeit als das Höchste, dem sie willig die Persönlichkeit zum Opfer brachte. So läugnete sie die Persönlichkeit und Freiheit Gottes, drückte in der Philosophie der Geschichte die Persönlichkeiten zu bloßen Momenten des dialektischen Prozesses herab u. s. w. Das sittliche Universum, wie sie es sich construirte, verdiente es nicht mit ganz anderm Recht, als die Natur, die Schillerschen Vorwürfe:

Gleich dem todten Schlag der Pendeluhr
Dient sie knechtisch dem Gesetz der Schwere
Die entgötterte Natur — ?

Kann es Wunder nehmen, daß in einer solchen Zeit, die gleichmäßig in der Wissenschaft wie im Recht die Persönlichkeit bekriegte, die Persönlichkeiten und Charaktere nicht gedeihen wollten, wenigstens da nicht, wo sie dem antipersönlichen Luftzug der Zeit vorzugsweise ausgesetzt waren? Oder müssen wir das Causalverhältniß hier umdrehen? Die Philosophie hat hieran die Richtigkeit ihrer Selbstcharakteristik als „die Zeit in Form des Bewußtseins" bewährt, und sie dürfte daher auch in demselben Maße, in dem das Moment der Freiheit und Persönlichkeit reell an Bedeutung gewinnt, dasselbe auf ihrem Gebiete zur Anerkennung bringen.

nirten Kräften und Einflüssen unabhängig gemacht und die Bewegung ganz in seine eigne Hand gebracht zu haben glaubte. Allerdings hat sich seitdem ein Umschwung vorbereitet, aber wir stehen doch erst am Anfang desselben, denn jene Anschauungsweise hat sich nicht bloß in unsern Einrichtungen, Zuständen, Gesetzen u. s. w., sondern auch in der Ansicht sowohl des Volks wie der Regierungen so eingewurzelt, daß noch eine lange, lange Zeit über dem Verlauf dieses Prozesses verfließen dürfte. Es handelt sich um eine Veränderung nicht sowohl in der Ansicht, als in dem Charakter und dem Rechtsgefühl des Volks, und derartige Umwandlungen vollziehen sich bekanntlich mit äußerster Langsamkeit.

Versuchen wir jenes System des täuschenden Scheines, mit dem es sich umgibt, zu entkleiden und es in seiner wahren Gestalt zu erkennen.

Zunächst müssen wir den obigen Vergleich der moralischen und physischen Weltordnung als eine Entwürdigung der ersteren entschieden zurückweisen. Denn das Wesen der ersteren ist die Freiheit, das der letzteren die Nothwendigkeit, und es kann nicht Aufgabe der ersteren sein, gerade diesen ihren specifischen Vorzug aufzugeben, um damit die Regelmäßigkeit, Berechenbarkeit u. s. w. der letzteren zu erkaufen. Der Staat als der Organismus der Freiheit kann allerdings, um dies zu sein, das Moment der Nothwendigkeit nicht entbehren, er hat Eine Seite, nach der er wirklich der Natur mit ihrer Nothwendigkeit verwandt ist, d. h. zu Gesetzen und äußerem mechanischen Zwang seine Zuflucht nehmen muß. Aber je mehr er ohne die dringendsten Gründe *diese* Seite entwickelt, also das Element der Freiheit in sich beschränkt, verkürzt, um desto mehr steigt er von der Höhe seiner Bestimmung, die ihn *über* die natürliche Welt erhebt, zu dem niedern Standpunkt der letzteren hinunter. Was dem Menschen der Leib, das ist dem Staat die durch den Zwang erstrebte Gleichmäßigkeit und Festigkeit der äußeren Ordnung. Bei beiden ist der Leib nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck — die Unterlage und das Instrument für das freie Walten des Geistes.

Vom Utilitäts-Standpunkte aus betrachtet möchte nun immerhin der Zwang sich mit der Freiheit messen können, der Wohlstand des Volks, die äußere Ordnung und Moralität u. s. w. unter jenem nicht minder gedeihen, als unter dieser — obgleich die Erfahrung bekanntlich das Gegentheil lehrt; denn die Unfreiheit ist nie weder des moralischen noch intellectuellen Schwunges der Freiheit fähig; das Gängelband, das man ihr angelegt hat, hindert sie häufiger an der Bewegung, als daß es ihr dieselbe erleichtert. Aber selbst wenn sie äußerlich glänzendere Resultate aufzuweisen hätte, als die Freiheit, was würde dieser Mehrgewinn bedeuten, wenn er durch eine Einbuße an unschätzbaren innern Gütern und immateriellen Werthen erkauft werden müßte? Denken wir uns: einem Volke, das bisher unter dem System der Freiheit lebte, würde durch äußere Gewalt das entgegengesetzte aufgezwungen. Die nachtheiligen Einwirkungen auf seinen Charakter würden bald sichtbar werden, sein Selbstvertrauen, sein Unternehmungsgeist, seine Thatkraft müßten nothwendigerweise abnehmen, denn jede Eigenschaft nimmt ab, wenn sie nicht geübt werden kann; jene Eigenschaften haben nur auf dem Boden der Freiheit rechtes Gedeihen, weil sie nur hier möglich und unentbehrlich sind.

Aber der Werth der Freiheit liegt nicht bloß in dem, was sie leistet und hervorbringt, sondern in dem, was sie ist. Als bloße Negation, als bloßer Zustand des Nichtbestimmtwerdens von außen hat sie keine ethische Berechtigung, sie gewinnt dieselbe vielmehr erst dadurch, daß eine positiv schöpferische Kraft, der Wille, sie zu ihrer Voraussetzung hat. Der Wille ist das schöpferisch gestaltende Organ der Persönlichkeit, in der Bethätigung dieser Schöpferkraft erhebt letztere sich zur Gottähnlichkeit. Sich als Schöpfer einer noch so kleinen Welt fühlen, sich abspiegeln in seiner Schöpfung als etwas, das *vor* ihm nicht da war, das nur *durch* ihn geworden, — das ist es, was dem Menschen das Gefühl seines Werthes und die Ahnung seiner Gottebenbildlichkeit gewährt. Das Wissen vermag ihm dies nicht zu gewähren, der Ruhm des Wissens ist der Ruhm des Spiegels, der die Dinge getreu reflec-

tirt, aber der Ruhm des Willens ist der Ruhm der That — der Kraft, welche die Dinge selber gestaltet, die Weltschöpfung fortsetzt. Nur soweit das Wissen in und durch den Willen zur That wird, erhebt es sich gleich ihm zur Höhe einer ethischen Thatsache.

Jene schöpferische Thätigkeit zu entfalten, ist das höchste Recht des Menschen und ein unentbehrliches Mittel zu seiner sittlichen Selbsterziehung. Sie setzt die Freiheit, also auch den Mißbrauch derselben, die Wahl des Schlechten, Zweckwidrigen, Unverständigen u. s. w. voraus, denn als unsere Schöpfung läßt sich nur das betrachten, was frei aus der Persönlichkeit hervorgegangen ist. Den Menschen zum Guten, Vernünftigen u. s. w. zwingen, ist nicht sowohl darum eine Versündigung gegen seine Bestimmung, weil ihm damit die Wahl des Entgegengesetzten verschlossen, als weil ihm damit die Möglichkeit, das Gute aus eignem Antriebe zu thun, entzogen wird.[144a])

Der Wille erlangt erst im Staat die Möglichkeit gesicherter Verwirklichung, und es ist eine Verpflichtung des Staats, den productiven Beruf des Willens als rechtliche Macht und Freiheit anzuerkennen und zu schützen. Aber in welcher Ausdehnung? Die Erfahrung zeigt überall das Bestehen von gesetzlichen Beschränkungen der Freiheit, die lediglich vom Standpunkt des Individuums aus betrachtet nicht zu deduciren wären, zu denen also der Staat nicht berechtigt wäre, wenn er bloß die Aufgabe hätte, die subjective Freiheit zu realisiren. Daß diese letztere Supposition unrichtig ist, daß also dem Staat das Recht zu einem derartigen Eingreifen in die individuelle Freiheitssphäre nicht bestritten werden kann, darüber braucht heutzutage kein Wort verloren zu werden. Aber wie weit reicht dies Recht? Darf der Staat alles, was ihm gut, sittlich, zweckmäßig erscheint, zum Gesetz erheben, so gibt es für dieses Recht keine Schranken, und das oben deducirte Recht der Persönlichkeit ist in Frage gestellt;

144a) Seneca de benef. III. 7: desinit res esse honesta, si necessaria est.

die Bewegung, die er ihr verstattet, hat dann bloß den Charakter einer Concession, ist ein reines Gnadengeschenk. Diese Ansicht von der alles verschlingenden und alles aus sich erst wieder gebärenden Omnipotenz des Staats ist trotz des glänzenden Gewandes, in das sie sich so gern zu kleiden liebt: jene hochtönenden Phrasen von Volkswohl, Verfolgung objectiver Prinzipien, Sittengesetz — sie ist und bleibt die wahre Ausgeburt der Willkühr, die Theorie des Despotismus, möge sie von einer Volksversammlung oder einem absoluten Monarchen zur Anwendung gebracht werden. Sie anzunehmen bedeutet für das Individuum einen Verrath an sich selbst und seiner Bestimmung, einen sittlichen Selbstmord! Die Persönlichkeit mit ihrem Anrecht auf freie schöpferische Thätigkeit ist nicht minder von Gottes Gnaden, als der Staat, und es ist nicht bloß ein Recht, sondern eine heilige Pflicht des Individuums, dieses Anrecht geltend zu machen und auszuüben. Aber andererseits steht sie doch nicht allein für sich; sie bildet vielmehr ein Glied eines höhern sittlichen Organismus, dessen Dasein nicht minder als das ihrige auf göttlicher Einsetzung beruht, der seine Mission ebenfalls von Gott erhalten hat: des Staats. Beide beschränken sich gegenseitig, aber sie schließen sich weder aus, noch leiten sie ihre Rechte der eine vom andern ab, der Staat so wenig von dem Individuum, wie einst die naturrechtliche Theorie lehrte, noch das Individuum vom Staat.

Die sittliche Mission des Staats! Ist mit diesem dehnbaren Begriff nicht die Religion, die Sittlichkeit, der Wohlstand, die künstlerische und wissenschaftliche Bildung u. s. w., kurz alles, was das Volk sein und werden, haben und leisten kann, der Obhut und Pflege des Staats anvertraut? Gewiß; aber alles kommt auf die Art an, wie er jene Mission begreift, und damit langen wir wieder bei einem bereits berührten Punkt an. Der Staat kann sie nämlich in der Weise auffassen, daß er selber jene höchsten Aufgaben des Gattungslebens positiv durch Gebot mit Gewalt zu verfolgen habe; dies ist die Weise, gegen die das Prinzip der persönlichen Freiheit Protest einlegt, weil letztere zu

einer Arbeit gezwungen wird, in deren freiwilliger Vollziehung gerade ihre Aufgabe und Ehre besteht — unser System der Unfreiheit. Den Gegensatz dazu bildet das bereits oben bezeichnete System der Freiheit, bei dem der Staat sich darauf beschränkt, die Erreichbarkeit jener Ziele bloß zu ermöglichen und zu erleichtern, die Verfolgung selbst aber dem freien Walten des sittlichen Geistes und der Selbstthätigkeit der nationalen und individuellen Intelligenz anheimstellt. In diesem System erscheinen die Staatsidee und die Idee der Freiheit im Einklang, und dieses System ist daher das absolute Ideal, dem jedes Volk nachzustreben hat.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, die Unvollkommenheit des Systems der Unfreiheit nachzuweisen. Wie nun aber das Unvollkommene relativ berechtigt sein kann, so verhält es sich auch mit diesem System. Nicht jedes Volk ist für die Freiheit reif, und ohne Reife hat das System der Freiheit keine sittliche Berechtigung. Es verhält sich in dieser Beziehung mit den Völkern, wie mit den Individuen; auch sie bedürfen der Zucht in den Jahren der Unmündigkeit, und zu diesem Zweck dient ihnen eben das System der Unfreiheit. In instinktartigem Gefühl ihrer Schwäche und ihres Bedürfnisses erscheint ihnen dann dasselbe nicht bloß nicht als eine Last, sondern als etwas Natürliches und Nothwendiges. Ihr Rechtsgefühl reicht über ihre Kräfte nicht hinaus und würde daher das entgegengesetzte System als ein berechtigtes gar nicht begreifen können. Dies ist z. B. im wesentlichen der Standpunkt der orientalischen Völker; der Gedanke der persönlichen in dem Subjecte selbst wurzelnden Freiheit ist ihnen nie aufgegangen und würde ihnen in manchen Anwendungen, z. B. auf religiösem Gebiete, geradezu ein Gräuel sein.

Die Kritik und Abwehr des Systems der Unfreiheit hat uns zugleich positiv die Rechtfertigung des entgegengesetzten Systems gegeben, aber hinsichtlich des letzteren bedarf es noch einer Bemerkung.

Wenn wir im Bisherigen nachzuweisen versucht haben, daß

gerade die ächte Sittlichkeit dies System der Freiheit postulire, so ist dies nicht so gemeint, als ob dasselbe überall, wo es sich historisch zeigt, aus einer solchen sittlich würdigen Auffassung hervorgegangen sei. Vielmehr kann es eben sowohl ein Ausfluß der gerade entgegengesetzten Anschauung, ein Ausdruck sittlicher Rohheit und Willkühr sein. Der sittliche Mensch begehrt die Freiheit, weil er das Gute aus *eigenem Antrieb* zu thun wünscht, der Schlechte, weil er ungehindert seinen bösen Neigungen folgen will; dieser haßt den Zwang, weil er ihn *zur Ordnung und zum Guten* zwingt, jener, weil er ihn dazu *zwingt*. So findet sich denn das System der Freiheit ebenso wohl bei der niedrigsten Stufe der Cultur und Sittlichkeit, als bei der gerade entgegengesetzten. Dasselbe läßt sich als eine weite unausgefüllte Form bezeichnen, die des verschiedenartigsten concreten Inhaltes fähig ist und nach Verschiedenheit desselben in Wirklichkeit ebenso wohl ein System sittlicher Willkühr und Rohheit, ökonomischer Indolenz u. s. w., als ein System hoher sittlicher, politischer, ökonomischer Entwickelung sein kann. In beiden Fällen werden sittliche Prinzipien und höhere Ideen in den *Gesetzen* nicht sichtbar; aber in dem einen Fall, weil sie dem Volk *fehlen*, in dem andern, weil sie der Beihülfe des Gesetzes *nicht bedürfen*. Dort steht das System der Freiheit ebenso weit *unter*, als im letzteren Falle weit *über* dem System der Unfreiheit, — eine Skala, deren unterste Stufe Willkühr und Rohheit, die mittlere Zucht und Zwang, die höchste die wahre Freiheit ist.

Da dem Bisherigen nach der sittliche Höhepunkt des Systems der Freiheit sehr variiren kann, so ist es Sache der historischen Forschung, denselben im einzelnen Fall zu ermitteln. Sie wird zu dem Zweck den Charakter, die Culturstufe, die religiösen und sittlichen Vorstellungen dieses Volks, vor allem aber die *Sitte* ins Auge zu fassen haben.[145]) Letztere ist hier von unendlich

145) Wie verkehrt also der Schluß ist, daß diese Prinzipien, weil sie sich nicht die Form des *Gesetzes* oder *Rechtssatzes* angenommen haben, einem Volke fremd geblieben oder wenigstens bei ihm nicht die rechte Aner-

höherer Bedeutung, als bei dem System der Unfreiheit, wie sich dies bei Gelegenheit des ältern römischen Rechts ergeben wird. Für letzteres werden wir auf diesem Wege das Resultat gewinnen, daß dasselbe in Wirklichkeit nichts weniger als ein System der Rohheit, Grausamkeit und des sittlichen Indifferentismus war, wie man dasselbe nicht selten aufgefaßt hat, sondern ein System der Freiheit in dem Sinne, in dem wir dasselbe oben als sittlich berechtigt nachzuweisen versuchten.

II. Das römische System.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

Die römische Herrschsucht im Allgemeinen. — Die politische und persönliche Freiheit. — Die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective Gebundenheit des Subjects. — Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen.

XXXI. Während die beiden vorhergehenden Grundtriebe Anforderungen an das Recht von mehr formaler Art enthielten, erschließt uns der gegenwärtige die eigentliche Substanz des Rechts, ja des römischen Willens überhaupt — den Gedanken der Macht und Herrschaft, jenen Gedanken, der die Thatkraft des Einzelnen wie des Staats in unausgesetzter Thätigkeit hielt und zur höchsten Entwickelung steigerte, und dessen Verwirklichung daher den vornehmlichsten Inhalt der römischen Geschichte bildet.

---

kennung gefunden, erhellt aus dem Bisherigen von selbst. Auf diesem Fehlschluß beruhen die schiefen Urtheile über den unsittlichen Charakter des ältern römischen Rechts.

In ihrem äußeren Auftreten hat die römische Herrschsucht nichts Gewinnendes. Blutige Spuren, Opfer aller Art bezeichnen den Weg, den sie genommen; an dem Triumphwagen römischer Größe klebt das Mark zermalmter Völker. Diese dunkle Kehrseite läßt sich nicht in Abrede stellen, aber man hüte sich, dadurch zu einem ungerechten Urtheil gegen die Römer sich hinreißen zu lassen und das *sittliche* Moment der römischen Herrschsucht zu übersehen; hinsichtlich ihrer Großartigkeit ist dies kaum zu befürchten. Die Liebe zur Herrschaft ist nicht schlechthin sittlich unberechtigt. Sie ist es nur da, wo sie nicht aus einem innern Beruf und Bedürfniß hervorgeht, sich in kleine Seelen verirrt, denen es an der moralischen Kraft gebricht, die sie voraussetzt, wo sie nicht um ihrer selbst willen geliebt wird, sondern nur als Mittel zur Befriedigung der Genußsucht, Eitelkeit, Laune u. s. w. Es gibt aber auch eine sittlich berechtigte Liebe zur Herrschaft, eine Liebe derselben um ihrer selbst willen, eine Liebe, die aller Opfer und Anstrengungen fähig ist, und die aus dem Gefühl eines Berufs zum Herrschen hervorgeht. Wo eine ungewöhnliche moralische Kraft vorhanden ist, wird auch der Beruf zur Geltendmachung derselben empfunden werden, und was ist hier die Herrschsucht anders, als die innere Stimme, die an den Beruf mahnt?

Dieser Art war die Herrschsucht der Römer, bevor sie degenerirte. Nicht Genußsucht war es, was ihnen in ihrer guten Zeit die Herrschaft werth machte; ein müheloser Besitz würde sie gar nicht befriedigt haben. Für *sie* hatte nicht bloß das Ziel, sondern der Weg selbst einen Reiz; der Zustand der äußersten Anspannung der Kräfte, das Erproben der eigenen Stärke an den äußeren Hindernissen, die Gefahr, der Kampf als solcher war ihnen ein Bedürfniß; man möchte sagen, es war eine Naturnothwendigkeit für sie, der gewaltigen Kraft, die in ihnen drängte und Auslaß begehrte, sich zu entledigen. Selbst die *Spiele* mußten in Rom diesem Zweck dienen; ihr hauptsächlichster Reiz lag in der Aufregung und Spannung, in welche die Gefahr auch den unbetheiligten Zuschauer versetzt. Bei andern Völkern hat sich dasselbe

Bedürfniß einer Entlassung der überschüssigen Kraft nicht selten in orkanartigen Eruptionen zu befriedigen gesucht. An ein solches wildes Sich Retten vor sich selbst, das dem blinden Walten der Naturkraft vergleichbar ist, haben wir bei den Römern nicht zu denken. Denn ihre Kraft schlägt geregelte Bahnen ein, dient mit stets sich gleich bleibender Anspannung einem bewußten Zweck, dem Zweck nämlich, den römischen Staat in der Welt zur Herrschaft zu bringen. Diese Herrschaft erschien den Römern nicht als Usurpation, sondern als ein auf ihrer moralischen Superiorität über die übrigen Völker beruhendes Recht, als der eigenthümliche Beruf Roms, bei dessen Verfolgung sie der Zustimmung und Hülfe der Götter glaubten sicher zu sein. Wie sehr dieses Streben nach Herrschaft die römische Selbstsucht über das Niedrige und Gemeine des individuellen Egoismus und eines bloßen Genußlebens zu höheren Anschauungen erhob; welche Fülle von Tugenden, von Selbstverleugnung, Vaterlandsliebe, Standhaftigkeit, Tapferkeit, würdigem Stolz u. s. w. es zum Vorschein brachte, kurz welchen sittlichen Schwung es dem ganzen römischen Wesen verlieh, das brauche ich hier nicht auszuführen. Ist denn die Herrschsucht der Römer einmal ein Fehler zu nennen, so hat es wohl nie einen Fehler gegeben, der eine so reiche Quelle von nationalen Tugenden und großen Thaten geworden ist.

Das Recht gewährt uns die Gelegenheit, die Herrschsucht so zu sagen in ihrer Häuslichkeit zu belauschen. Es gibt kein anderes Gebiet geistiger Thätigkeit, das gerade so vorzugsweise ihr gehört, und auf dem sie solche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf diesem. In welchem Maße der römische Macht- und Freiheitstrieb sich auf diesem Gebiet bethätigte, ist theilweise sehr bekannt, und soll, so weit es dies ist, hier nicht weiter ausgeführt werden. Dahin rechne ich z. B. den Antheil, den die römische Verfassung dem Bürger an der Verwaltung des Staats einräumte, die Theilnahme an der gesetzgebenden und strafrichterlichen Gewalt, an der Wahl der Beamten, selbst an der Verwaltung der Polizei mittelst

der actiones populares, kurz das ganze republikanische Selbstregiment der Römer. Dahin zähle ich ferner den weiten Umfang, in dem der Grundsatz der persönlichen Freiheit in Rom zur Anerkennung gelangt war. Ich will von solchen Ausflüssen dieses Grundsatzes gar nicht reden, deren sich die Römer selbst nicht bewußt waren, weil ihnen eine Beschränkung nach dieser Seite hin als undenkbar erschienen wäre (z. B. der Freiheit in der Wahl des Lebensberufes), und für die man überhaupt erst ein Auge bekommt, wenn man sieht, daß sie anderwärts fehlen; ich will nur diejenigen aufzählen, welche die Römer selbst als werthvolle Garantieen der persönlichen Freiheit namhaft machen. Hierzu gehören namentlich: die Freizügigkeit,[146]) die man sogar dem Inquisiten bis zum Urtheilsspruch zugestand,[147]) der Schutz gegen die Willkühr der Beamten, der durch das Recht der Provocation an die Volksversammlung,[148]) das Intercessionsrecht der Tribunen und höheren Magistrate und die Verantwortlichkeit der Beamten in umfassendster Weise gewährleistet war. Sodann der gestaltende Einfluß, den die Vorstellung von der Würde des römischen Bürgers auf das Criminalrecht ausgeübt hat, z. B. die Ausschließung der Tortur,[149]) der Leibes- und grausamer Lebensstrafen,[150]) und

146) Cic. pro Balbo c. 13. s. oben S. 56, Anm. 45.

147) Die Verhaftung des Angeklagten war rechtlich möglich, wenn auch nicht nöthig, sie ließ sich jedoch, wenn sie verfügt war, durch die Intercession eines Tribunen abwenden oder in Freilassung gegen Caution verwandeln. Zu dem freien Exulationsrecht des Angeklagten (Sallust. Catil. 51) paßte sie nicht recht, und es ist daher erklärlich, daß sie, wenn auch rechtlich nicht aufgehoben, sich doch in der Praxis verlor und zur äußersten Seltenheit ward. Geib, Geschichte des röm. Criminalproz. S. 119, 120.

148) Cic. de orat. II. 48 .. patronam illam civitatis ac vindicem libertatis. Liv. III. 55: unicum praesidium libertatis. Ich erinnere ferner an das den Beamten gesetzte Maximum der Multa, Gell. XI. 1.

149) Geib, S. 138 ff.

150) Liv. X. 9. Cic. in Verr. II. V. c. 54—57. pro Rabirio c. 4, 5: carnifex vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque per-

eine Reihe anderer nicht minder werthvoller Einrichtungen.[151]) Uebrigens hat jener Grundsatz der persönlichen Freiheit erst im Laufe der Zeit die Ausdehnung gewonnen, in der er gegen das Ende der Republik galt, und die fast das richtige Maß überschritt. Diese spätere Zeit erinnert mit ihren abstracten Freiheits- und Gleichheitsideen an die Gegenwart; die ältere war weit maßvoller, genügsamer, praktischer. Ihre Freiheit war ein durch und durch historisches Product, aus praktischen Motiven hervorgegangen, mühsam und stückweise erkämpft; nicht der Schulbegriff der Freiheit, sondern der Druck, wo er besonders fühlbar geworden war, hatte sie ins Leben gerufen. Sie war, möchte man sagen, nicht so sehr ein Begriff, als eine Summe von einzelnen besonders wichtigen Rechten, daher nicht ohne Lücken und scheinbare Inconsequenzen. Diese ihre durchaus praktische Natur bewährte sich daran, daß sie sich den Umständen fügte, z. B. im Fall der Noth selbst eine vorübergehende Suspendirung willig zuließ.[152]) Höchst bezeichnend für die eigenthümliche Organisation des ältern Freiheitsgefühls ist auch die Verträglichkeit desselben mit der Censur, einem Institut, das uns bei unseren heutigen Vorstellungen von

---

pessio, sed etiam conditio, exspectatio mentis ipsa denique indigna cive Romano atque homine libero est.

151) z. B. der Grundsatz der quarta accusatio (Geib, S. 116 fl. und Lange, die oskische Inschrift der Tabula Bantina u. die römischen Volksgerichte. S. 65—86), insofern er einerseits dem Angeklagten die Gelegenheit gab, die öffentliche Meinung für sich zu gewinnen und andererseits der momentan erregten Leidenschaft des Volks Zeit ließ sich abzukühlen. Ferner der Grundsatz, daß die Aussagen der Sclaven gegen ihre Herren nicht angenommen werden sollten (Geib, S. 142). Die entschiedene Tendenz der spätern Zeit (von den XII Tafeln läßt sich ein Gleiches nicht behaupten) zu milden Strafen (Platner quaest. de jure crimin. Rom. p. 75—82) ist von den Römern selbst rühmend hervorgehoben, z. B. von Liv. I. 28: nulli gentium mitiores placuisse poenas, Cic. pro Rabir. c. 3 ... vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.

152) Ernennung eines Diktators, SCtum: videant consules, ne quid detrimenti capiat respublica.

persönlicher Freiheit ganz unleidlich sein würde.[153]) Das Gesagte bestätigt sich auch an einer Art der Freiheit, die in der neuern Geschichte eine so große Rolle spielt, der religiösen Freiheit. So tolerant oder indifferent die römische Politik gegen die Culte der unterworfenen Völker war, ja so bereitwillig die Römer allen Göttern des gesammten Reichs einen Platz im Kapitol gewährten, so wenig kannten sie doch bei dem Charakter ihrer Religion als Staatsreligion den Begriff der abstracten religiösen Freiheit. Der Uebertritt zu einer andern Religion erschien ihnen nicht unter dem Gesichtspunkt, der uns so geläufig ist, nämlich als eine That und ein Recht des religiösen Bedürfnisses, sondern als ein Abfall vom römischen Staat und Wesen, und ohne daraus ein eignes Verbrechen zu bilden oder vereinzelte Fälle zu beachten, pflegte man doch, wenn die Fälle sich mehrten, und das Uebel eine allgemeinere Ausdehnung gewann, von Staatswegen einzuschreiten.[154]) Schwerlich wird irgend ein Römer daran als an einem Eingriff in die religiöse Freiheit Anstoß genommen haben, schwerlich auf die Idee verfallen sein, daß man dem Prinzip der Freiheit auch eine Ausdehnung auf religiöse Angelegenheiten sowie überhaupt eine Ausdehnung geben dürfe, bei der das Interesse des Staats hätte leiden können. Den Grund, der es den Römern ersparte, über jene Art der Freiheit zu reflectiren, erblicke ich darin, daß die religiöse Freiheit überall erst durch den Druck ins Bewußtsein gebracht wird, ein solcher Druck aber in den römischen

153) Man erinnere sich (S. 48), daß der Censor Jemanden zur Rechenschaft zog z. B. wegen nachlässigen Betriebs der Landwirthschaft oder unordentlicher Wirthschaft, wegen Luxus und übertriebenen Aufwandes, eines Fehlers, gegen den mit dem Ende des sechsten Jahrhunderts, als die Macht des Censors nicht mehr ausreichte, die Gesetzgebung selbst mittelst der bekannten leges sumtuariae zu Felde zog.

154) Es gehörte dies zu den Obliegenheiten des Senats, der vorkommenden Falls die Beamten damit beauftragte. Valer. Max. I. 3. de peregrina religione rejecta. Liv. IV. 30: datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi dii Romani neu quo alio more quam patrio colerentur XXV. 1. XXXIX. 13 fl.

religiösen Einrichtungen gar nicht vorhanden war. Von dem ärgsten Zwange, den es geben kann, dem Glaubenszwange, von Inquisition und Ketzergerichten (wovon sich ja auch im Alterthum Spuren finden) war in Rom keine Rede; der Glaube war frei und die Verpflichtung zu dem äußern Cultus, den sacris, hatte mehr den Charakter einer vermögensrechtlichen Last, als einer religiösen Nöthigung. Kein Wunder, daß der Römer sich Jahrhunderte hindurch mit diesem weiten Maß religiöser Freiheit leicht begnügen, daß selbst der Unglaube der spätern Zeit sich damit vertragen konnte; erst das Christenthum bereitete dem alten System seinen Untergang.

Wenden wir uns dem Privatrecht zu.

Das Prisma, durch welches das ältere Recht sämmtliche Verhältnisse, in denen das individuelle Leben sich bewegt, betrachtete, war der Gedanke der Herrschaft. Mochten dieselben hinsichtlich ihrer eigentlichen Bedeutung und Bestimmung für das Leben auch noch so wenig durch diesen Gesichtspunkt gedeckt oder getroffen werden, wie z. B. die Ehe, das Verhältniß des Vaters zu den Kindern, das Recht legte nur diesen Gesichtspunkt an. Daraus darf man aber nicht folgern, als wenn die Römer jene Verhältnisse lediglich als rein rechtliche aufgefaßt, die über das Recht hinausgehende höhere Bestimmung derselben gar nicht bemerkt, ihren sonstigen Inhalt für gleichgültig oder überflüssig gehalten hätten. Jene Herrschaft war das spezifisch rechtliche Element der Verhältnisse, auf dessen Auffindung und Bestimmung die juristische Analyse allein ihr Augenmerk lenkte. So wenig wie ein Chemiker, dessen Untersuchung auf Auffindung eines ganz bestimmten Bestandtheils eines Körpers gerichtet ist, Anlaß hat sich über die Brauchbarkeit, die Bestimmung des Gegenstandes zu verbreiten, so wenig kann und darf der Jurist bei der juristischen Analyse sich ähnliche Abschweifungen von seiner Aufgabe erlauben. Er soll, wenn ich so sagen darf, den Procentgehalt der einzelnen Verhältnisse an Rechtsstoff bestimmen. Dieser Rechtsstoff findet sich häufig vermischt mit anderen Elementen, und zwar in sehr ver-

schiedener Proportion. Bald bildet er nur einen sehr unbedeutenden, bald den überwiegenden, bald den einzigen Bestandtheil des Verhältnisses.[155] Die juristische Untersuchung hat sich lediglich auf die Auffindung dieses Stoffes zu beschränken; je reiner sie ihn darstellt, je mehr sie also die nicht-rechtlichen Elemente ausscheidet, um so vollkommener hat sie ihre Aufgabe gelöst. In dieser nothwendigen Beschränkung eine Einseitigkeit zu finden, ist höchst verkehrt; die Bedeutung jener nicht-rechtlichen Elemente, des moralischen, national-ökonomischen, politischen u. s. w., ist damit nicht negirt, daß man es unterläßt, sie an der unrechten Stelle zu erörtern. An der rechten Stelle darf und soll man sie berücksichtigen, und es ist eine der Hauptaufgaben einer jeden historischen Darstellung des Rechts, sich dieser Elemente zum wahren Verständniß desselben zu bemächtigen.

Wenn das ältere Recht das spezifisch juristische Kriterium der Rechtsverhältnisse in den Gedanken der Herrschaft setzt, so hat es damit, wie ich glaube, vollkommen das Richtige getroffen: Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerks entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückführt, ist Willensmacht, Herrschaft, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft. Das Charakteristische der Rechtsverhältnisse des ältern Rechts kann also nicht darin gesucht werden, daß sie reine Herrschaftsverhältnisse sind — es hieße weiter nichts als aussagen, daß die Römer die Sache juristisch erfaßt haben. Das Charakteristische derselben liegt vielmehr in der Fülle der Machtbefugniß, die sie gewähren; darin, daß letztere eine nahezu unbeschränkte, eine absolute Gewalt ist. In diesem Punkt kommen dieselben bei aller sonstigen Verschiedenheit doch sämmtlich überein. Man möchte sie im Wesentlichen als leere, abstracte Formen bezeichnen, die ihren Inhalt erst von dem subjectiven Willen erwarten, und die daher im einzelnen Fall je nach

155) Man vergleiche z. B. die Ehe mit der Obligation und rücksichtlich der juristischen Personen eine Missionsgesellschaft mit einer Handelsgesellschaft u. s. w.

Verschiedenheit der concreten Füllung die mannigfaltigste Gestalt annehmen können, eine abstoßende sowohl und sittlich verletzende als eine anziehende und sittlich befriedigende. Bei dieser ihrer Weite kommt also alles auf den Inhalt an, den das römische Leben in sie ergoß; ohne eine Feststellung dieser Frage ist ein Urtheil über sie gar nicht möglich.

Diese Untersuchung hält man häufig gar nicht für nöthig, um ein sittliches Verdammungsurtheil über das ganze System auszusprechen. Die fixe Idee, von der man sich nicht losmachen kann, ist die: ein Mißbrauch jener Gewalt war *rechtlich* möglich, folglich nahmen die Römer an ihm keinen Anstoß. Unwillkührlich folgert man aus der *rechtlichen* Möglichkeit des Mißbrauchs die *reale* Möglichkeit ja die Wirklichkeit desselben. So entsteht ein Bild von den Römern und der römischen Sittlichkeit, das von der Wahrheit unendlich entfernt ist. Es möge mir erlaubt sein, den Irrthum, den man hierbei begeht, durch einen Vergleich anschaulich zu machen. Jene abstracten Formen des Rechts gewähren kein *Bild* der Institute, wie sie im Leben wirklich bestanden, sondern eine bloße *Silhouette*. Die juristische Abstraction hat nur die *juristischen Contouren* jener Verhältnisse abzunehmen; mehr soll und darf sie nicht, wie bereits oben bemerkt ward. So weit wie die Silhouette von dem Porträt, so weit ist dieser juristische Schattenriß von einem treuen Bilde des römischen Lebens entfernt. Hier ist keine Farbe, kein Licht, kein Schatten; der ganze physiognomische Ausdruck der Institute fehlt. Dächte man sie sich *so* in der Wirklichkeit, *so* seelenlos, *so* ausdruckslos, *so* todt: gewiß, unser Widerwille wäre völlig begründet. Aber ein Römer würde uns wegen einer solchen Vorstellung verlacht haben; er wußte, wofür er jene Silhouette zu halten habe, das Bild, das *er* sich von jenen Instituten machte, und das er aus der Anschauung des wirklichen Lebens schöpfte, war ein völlig anderes, enthielt eine Menge von Nüancen und charakteristischen Merkmalen, die wir zu übersehen pflegen. Von den mannigfachen *Beschränkungen* der subjectiven Gewalt,

von den besonderen Voraussetzungen, von denen die Ausübung gewisser Rechte nicht de jure, aber de facto abhing u. s. w., von alle dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr; der Römer hatte alles dies vor Augen. Jene abstracte Freiheit des Rechts fand factisch im römischen Leben ihr richtiges Maß und Ziel. So lange sie die richtigen Bahnen einhielt, so lange sie dem verständigen Gebrauch diente, stieß sie auf keinen Widerstand; sowie sie diese Bahnen verließ und in Mißbrauch ausartete, begegnete ihr Widerstand von allen Seiten, hier kamen Zügel und Banden zum Vorschein, von denen freilich das Recht nichts wußte, die aber darum sich nicht minder stark erwiesen. Ob eine gesetzliche Vorschrift uns zwingt, oder irgend eine andere Macht, der sich ebenso wenig trotzen läßt, z. B. die öffentliche Meinung, die herrschenden Begriffe von Ehre, ist für das Resultat einerlei. Es ist nicht nöthig, daß alles, was unterbleiben soll, gerade durch das Gesetz verboten werde, die Sitte kann ganz dasselbe bewirken, wie das Gesetz. Ja es gibt Verhältnisse und Zeiten, wo die Sitte eine weit höhere Macht ausübt, als anderwärts das Gesetz;[156] eine solche Zeit war die, in der wir gegenwärtig stehen. Gerade im System der Freiheit scheint die Sitte das beste Gedeihen zu haben, oder richtiger: das System der Freiheit ist auf die Dauer nur da haltbar, wo die Sitte stark genug ist, den gesetzlichen Zwang zu ersetzen, und vorzugsweise bei den Völkern, bei denen jenes System zur höchsten Entwicklung gekommen ist, findet sich als Gegengewicht und Temperament derselben eine strenge, ja oft despotische Herrschaft der Sitte.[157] Die Sitte ist die Selbstbeschränkung der Freiheit; wo sie nicht kräftig entwickelt und gut organisirt ist, wo nicht die öffentliche Meinung den würdigen Gebrauch der Freiheit zu einem Ehrenpunkt

156) Der bekannte Ausspruch von Tacitus: Plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges.

157) z. B. in England, Nordamerika, wo dies von manchen Anhängern der abstracten Freiheit nicht selten mit naivem Erstaunen und großer Unbehaglichkeit vermerkt worden ist.

zu erheben und ihn zu erzwingen versteht, da kann die Freiheit nicht gedeihen.

Die Mittel, über welche die Sitte in Rom gebot, waren außerordentlich wirksame. Der Censur ist schon früher (S. 50) gedacht. Es gesellt sich hinzu die Infamie, das sittliche Verdammungsurtheil der öffentlichen Meinung, in Rom gesteigert durch den Verlust aller politischen Rechte.[158]) Sodann das dem Volke zustehende Recht der Wahl der Beamten. Bei uns kann Jemand, der mit der öffentlichen Meinung gebrochen hat, zu Macht und Einfluß gelangen; bei den Römern war dies in älterer Zeit undenkbar. Wer sich sei es in seinem Privatleben sei es in seinem öffentlichen Auftreten über die öffentliche Meinung hinweggesetzt hatte, war in Rom verloren. Bei der Oeffentlichkeit, die das ganze römische Leben durchdrang, bei der Geschäftigkeit der Gegner und Mitbewerber mußte in Rom jeder, der ein öffentliches Amt vom Volke begehrte, darauf rechnen, daß seine ganze Vergangenheit den Augen und der Kritik des Volks bloß gelegt werde, und wer sich der Gunst desselben unwürdig erwiesen hatte, was hatte der zu hoffen? Rohheit und Grausamkeit gegen Frau, Kinder, Sclaven, Unbarmherzigkeit gegen Schuldner, die durch Unglücksfälle insolvent geworden waren, kurz Handlungen, die dem Recht nach durchaus erlaubt waren, aber welche die Volksstimme mißbilligte, die Sitte untersagte, fielen bei einem Bewerber schwer ins Gewicht. Und nun gar bei den Volksgerichten! Man erinnere sich, was wir (S. 42) über den Einfluß gesagt haben, den hier die Persönlichkeit des Angeklagten und die in Bezug auf ihn obwaltende Stimmung des Volks ausübten. Es bedurfte nicht eines eigentlichen Verbrechens, um ihn vor diesen Richter zu bringen, es konnte dies Schicksal auch Jemanden treffen, der vom Standpunkte des formellen Rechts aus betrachtet durchaus in seinem

158) Daher nennt Cic. pro Rosc. c. 6 ... die Frage von der Infamie eine summae existimationis et paene dicam capitis (Existenzfrage), pro Quint. c. 8. capitis causa.

Recht war, z. B. Denjenigen, der von seiner patria potestas einen unverantwortlichen Gebrauch gemacht hatte.[159]) Was half es ihm, auf sein abstractes „Recht" zu pochen, wenn das Volk, der lebendige Träger der Rechtsidee, der Ansicht war, daß er sich seines Rechts in einer Weise bedient habe, die dem Sinne desselben widerstrebe? Sein Unrecht und seine Strafwürdigkeit lag darin, daß er sich über die Sitte und das sittliche Urtheil hinweggesetzt, daß er, sich isolirend auf den beschränkten Standpunkt seines subjectiven Rechts, die schuldige Rücksicht gegen die Gemeinschaft, die ihm den Schutz desselben verlieh, außer Acht gelassen hatte.

Wie schrumpft, wenn man sich dies alles vergegenwärtigt, jene abstracte Freiheit des Privatrechts zusammen, oder richtiger gesagt wie sehr verliert sie das Unnatürliche, durch das sie uns bei oberflächlicher Betrachtung so sehr abstößt. Die leere Tafel der abstracten Freiheit bedeckt sich mit allerhand Limitationen, Voraussetzungen, Beschränkungen, die nicht minder wirksam sind, als wenn das Gesetz selbst sie aufgestellt hätte. Die energische Kraft der Sitte, der Censor, die Wahlcomitien, die Volksgerichte, das gesammte römische Leben mit allen seinen thatsächlichen Gewalten bildet den in der Regel übersehenen Subtrahend des abstracten Rechts, und wir brauchen nur die Subtraction vorzunehmen, um ein sehr verständiges praktisches Resultat zu gewinnen. Dasselbe lautet folgendermaßen. Der Einzelne hat die ihm anvertraute absolute Gewalt nur zum Zweck des richtigen, nicht zum Zweck des rein willkührlichen Gebrauchs. Der Staat verbietet aber den Mißbrauch nur soweit, als derselbe absolut und unbedingt verwerflich ist, d. h. solche Aeußerungen der subjectiven Gewalt, die schlechthin, mögen die Voraussetzungen

159) Eklatante Fälle dieser Art konnten das Volk in der Weise erbittern, daß es nicht einmal bis zum Tage des Gerichts wartete, um seinen Gefühlen Luft zu machen. So z. B. Seneca de clementia I. c. 14. Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum, quam filiorum manibus eripuit.

sein, welche sie wollen,[160]) nicht zu dulden sind, nicht aber diejenigen, die nur hypothetisch sich als Mißbrauch qualificiren lassen.[161]) Um sie zu verbieten, müßte das Gesetz in ein unübersehbares Detail von Voraussetzungen und Möglichkeiten eingehen und würde doch Gefahr laufen bald zu wenig, bald zu viel zu thun. Ein richtiges Urtheil hierüber ist nur im concreten Fall möglich, bleibt also dem Urtheil des Subjects überlassen. Ein Mißbrauch dieses dem Subject geschenkten Vertrauens wird zwar nicht durch das Gesetz verhindert oder bestraft, aber die Stelle des todten Gesetzes vertritt hier als lebendiges Gesetz, das sich ganz dem concreten Fall anschmiegt, der Censor, das Volk und, wie wir unten sehen werden, hinsichtlich der familienrechtlichen Gewalten die Familie.

Daß die subjective Freiheit nicht aus einer solchen Anschauung hervorgegangen sein mag, gebe ich gern zu, ist aber völlig gleichgültig; genug in der Blüthezeit der Republik erscheint sie thatsächlich in dieser Weise moderirt und sittlich gerechtfertigt, und wir werden bei einem ihrer Hauptausflüsse, der hausherrlichen Gewalt, die beste Gelegenheit haben zu zeigen, wie weit die wahre praktische Gestalt des Verhältnisses von der abstracten juristischen Formulirung abwich. Daher erschien denn, um ein Beispiel für eine frühere Behauptung zu geben, die patria potestas einem Römer, der dieselbe aus dem Leben kannte, nicht als das nackte und in seiner Nacktheit unsittliche Recht, die Kinder zu verkaufen, enterben, tödten u. s. w., sondern als eine durch die thatsächlichen Voraussetzungen des Lebens begränzte und be-

160) Derartige Beschränkungen sind die über den Verschwender verhängte Entziehung der Vermögensverwaltung, die Beschränkung des dem Vater zustehenden Rechts, den Sohn zu verkaufen, auf dreimalige Ausübung, das Zinsmaximum u. a. m.

161) z. B. Verhängung der Todesstrafe über den Sohn von Seiten des Vaters, Auflösung der Ehe von Seiten des Mannes u. s. w. können durchaus gerechtfertigt und umgekehrt gar nicht zu entschuldigen sein; jenes, wenn der Sohn ein todeswürdiges Verbrechen begangen, die Frau die Ehe gebrochen, dieses, wenn gar kein oder kein hinreichender Grund vorliegt.

stimmte Erziehungsgewalt und Oberhoheit des Vaters. Ja das rechtliche und sittliche Element des Instituts waren hier für die gewöhnliche Vorstellung gewiß so miteinander verwachsen, und im natürlichen Lauf der Dinge kam auch ein Anlaß, sie scharf zu trennen, so selten vor, daß bei einzelnen Einrichtungen der Laie zweifelhaft sein konnte, ob das Recht oder die Sitte es so mit sich bringe. Einen schlagenden Beleg für diese Behauptung gibt das römische Familiengericht, ein Institut, dessen amphibienartige Natur unverkennbar ist und unseren Rechtshistorikern bei dem von vornherein verfehlten Versuch, die sich daran knüpfenden Fragen in juristischer Weise d. h. als Rechtsfragen zu behandeln und scharf zu beantworten, nicht wenig zu schaffen gemacht hat.

Das Charakteristische der Verhältnisse des ältern Privatrechts bestand demnach nicht sowohl darin, daß sie als Machtverhältnisse erfaßt wurden (auch unsere heutige Wissenschaft setzt das praktische Wesen des Rechts in den Machtbegriff[162]) als in der Fülle ihres Machtgehaltes. Der letzte Grund davon lag in dem Prinzip des subjectiven Willens (§. 10—12), in dem Gedanken, daß der Einzelne selber der Grund und die Quelle seines Rechts und folglich sein eigner Gesetzgeber (αὐτὸς νόμος) ist. Seine Verfügungen tragen für die Sphäre seines Machtgebietes denselben Charakter an sich, wie die des Volks für die seinige; beide sind leges, die einen leges privatae, die andern leges publicae, beide stehen sich hinsichtlich des Grundes ihrer Berechtigung völlig gleich. Für sein Haus und seine Privatinteressen hat der Hausherr ganz dieselbe gesetzgebende und richterliche Gewalt, wie das Volk für die Verhältnisse, die das Gemeinwesen betreffen. Wir werden die dem ältern Privatrecht zu Grunde liegende Auffassung am richtigsten wieder geben, wenn wir sie als die Idee der Autonomie bezeichnen. Nur soweit die Rücksicht auf das

162) Ueber die Berechtigung dazu s. §. 36. Ob freilich der Machtbegriff im Stande ist, das wirkliche Verständniß des Rechts zu erschließen, darüber s. III. 301 fl.

Gemeinwesen dies unabweisbar erfordert, greift die lex publica beschränkend in das Gebiet der Privatgesetzgebung ein. Diese Beschränkungen sind verglichen mit denen des spätern Rechts von geringem Belang, es gehörten Jahrhunderte dazu, um die alte Anschauungsweise und die daraus hervorgehende Scheu vor der Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit zu vernichten.

So geht denn der Zug der höchsten Anspannung des Machtbegriffs durch alle Institute des ältern Privatrechts hindurch. Die Herrschaft des Hausherrn über seine Hausgenossen: Weib, Kinder und Sclaven, die des Gläubigers über seinen Schuldner, die des Eigenthümers über sein Eigen, vor allem wenn er darüber im Testament disponirt, sie alle athmen ganz denselben Charakter einer fast schrankenlosen Machtfülle. Nur die hausherrliche Gewalt fordert uns zu einer eingehenderen Betrachtung auf (§. 32), für die übrigen Verhältnisse werden einige wenige Bemerkungen genügen.

Für das Erbrecht ist der Satz der XII Tafeln, welcher der Dispositionsbefugniß des Testators unbegränzte Freiheit einräumte, schon früher (S. 62) mitgetheilt. „Was er bestimmt, ist Rechtens!" Solch' ein Satz hat, so weit die Geschichte Kunde gibt, noch bei keinem Volk bestanden, weder vor Rom, noch nach Rom. Daß er die Möglichkeit eines empörenden Unrechts gegen die Familie einschloß, wer wollte es läugnen? Aber von der abstracten Möglichkeit bis zur Wirklichkeit war doch ein weiter Schritt. Bei einer gesunden, kräftigen Entwicklung des Familiensinnes schlägt das Vermögen trotz aller Freiheit der testamentarischen Disposition doch den Weg ein, den die Natur ihm vorgezeichnet hat, es bleibt bei der Familie, und in welchem Maße diese Tendenz, das Vermögen der Familie d. h. dem Mannsstamm zu erhalten, das römische Leben durchdrang, davon legen manche Spuren Zeugniß ab. [163]) Die freie Dispo-

163 Die Frauentutel, die Beschränkung des testamentarischen und Intestaterbrechts der Frauenzimmer sowie der Höhe der Legate, die cura prodigi, das Einschreiten der Censoren (sie stießen z. B. den C. Antonius aus

sitionsbefugniß des jeweiligen Innehabers konnte, statt diesem Zweck verderblich, umgekehrt ihm förderlich werden; den verschwenderischen oder mißrathenen Sohn enterbte der Vater, indem er ihm lediglich den nöthigen Lebensunterhalt zuwies, während er den Stamm des Vermögens dem Bruder zuwandte, zu dem er sich versehen konnte, daß er den Wohlstand, die Ehre, den Glanz der Familie erhalten und erhöhen werde.[164]) Das erlaubte die römische Moral nicht bloß, das wollte sie! Eine gewisse Garantie gewährte auch die Form des Testaments. So lange der Inhalt desselben, wenn auch aufgezeichnet, vor den Zeugen verlautbart werden mußte, war letzteren, die doch regelmäßig dem Testator näher stehende Personen gewesen sein werden, Gelegenheit gegeben, ihn durch Vorstellungen und Zureden von verwerflichen Dispositionen abzubringen.

Dieselbe Freiheit der Verfügung, wie im Testament, hat der Eigenthümer auch unter Lebenden.[164a]) In keinem Rechte ist die Idee der absoluten Herrschaft über die Sache in der Schärfe zur Verkörperung gelangt, als im römischen Eigenthum; absolut, sowohl in Hinblick auf den Schutz (rei vindicatio) als auf den Inhalt des Eigenthums. Daß dieser Inhalt bei unbeweglichen Sachen der praktischen Möglichkeit angepaßt worden ist, daß also der Grundeigenthümer gewisse Dinge im Interesse seiner Nachbarn leiden oder unterlassen muß, die, wenn man sich das Grundstück dächte als das, was es nicht ist: als eine mit den benachbarten Grundstücken außer allem Zusammenhang stehende Sache nach Art der beweglichen, dem abstracten Herrschaftsbegriff

---

dem Senat, weil er Schulden halber seinen Grundbesitz veräußert hatte, Ascon. ad orat. de toga cand. Orell. p. 84).

164) Val. Max. 3, 5 §. 2: quem nimia patris indulgentia heredem reliquerat Dolenter enim, fügt er hinzu, homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici.

164a) Rücksichtlich unbeweglicher Sachen nimmt Rudorff Schriften der römischen Feldmesser II. 302 fl. für die älteste Zeit die Unveräußerlichkeit an aus Gründen, die in meinen Augen der Beweiskraft entbehren.

widersprechen würden — darin wird Niemand einen Widerspruch gegen unsere Behauptung finden wollen![165]) Dagegen bewährt sich die Freiheit des Privateigenthums oder allgemeiner gesprochen: der Grundsatz der unbeschränkten Autonomie auf dem Gebiet des Verkehrs in folgenden Anwendungen:

1) in der freien Veräußerlichkeit des Eigenthums. Dem älteren Recht ist jenes eigenthümliche durch die gesetzlichen Veräußerungsverbote geschaffene Zwitterinstitut zwischen Eigenthum und Nießbrauch, jene Lähmung der einen Seite des Eigenthums, die dem Eigenthümer zwar das Recht der Nutzung und der Vindication läßt, ihm aber das der Disposition entzieht, völlig unbekannt. Niemand kann eine vom Eigenthümer geschehene Veräußerung anfechten, weder die Gläubiger, noch die nächsten Erben, Niemand sie untersagen oder verhindern, auch die Obrigkeit nicht. Jemanden als Eigenthümer anzuerkennen und die Handlung, die er in dieser Eigenschaft vorgenommen, für unwirksam erklären, wäre den alten Römern als etwas Ungeheuerliches erschienen, das einzige dem ältern Recht bekannte Veräußerungsverbot, das der Widmung einer streitigen Sache an den Tempel,[166]) zog daher bloß Strafe, keine Nichtigkeit nach sich. Nur bevormundete Personen konnten nicht veräußern; aber hier war nicht sowohl das Eigenthum beschränkt, sondern sie selber. In der Vormundschaft

---

165) Ueber diese durch die Natur der Sache gebotene Verschiedenheit der Eigenthumsgestaltung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen habe ich mich schon an einem andern Orte ausgesprochen, Jahrbücher für Dogm. VI. S. 83 fl. Die Uebersicht der s. g. gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums, die ich in der ersten Aufl. an dieser Stelle gegeben hatte, halte ich aus dem im Texte angegebenen Grunde nicht mehr für nöthig, sie enthalten in Wirklichkeit nicht sowohl Beschränkungen, als vielmehr die Gränzen des Grundeigenthumsbegriffs; erstere kann nur der in ihnen wahrnehmen, der die Gestalt des Eigenthums bei beweglichen Sachen als Maßstab für das Eigenthum schlechthin benutzen wollte — ein Irrthum, von dem ich inzwischen zurückgekommen bin. Ueber die Sicherung der Freiheit des Grundeigenthums gegen die Gefahr einer übermäßigen Belastung s. §. 33.

166) l. 3 de litig. (44. 6).

war denn auch das Mittel gegeben, dem Verschwender, wenn die Mahnung des Censors unbeachtet geblieben war, rechtlich die Hände zu binden. Aber ein partieller Eingriff der Vormundschaftsidee in die Freiheit des Eigenthums, wie ihn z. B. das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis, oder das Familienfideicommiß enthält, war dem älteren Rechte ein unfaßbarer Gedanke. Was der Eigenthümer war, war er ganz und ward ihm durch das Gesetz nicht verkümmert; dem Mißbrauch seines Rechts steuerten andere Mittel als Verbote, so z. B. der alienatio in fraudem creditorum die Aussicht auf Personalexecution; erst als letztere ihre Schrecken verloren hatte, ward eine actio Pauliana nöthig.

Eine fernere Anwendung des Prinzips der freien Veräußerlichkeit bei unbeweglichen Sachen bestand

2) in der freien Theilbarkeit des Grundeigenthums, welche, so viel wir wissen, von den Römern nie gesetzlich beschränkt worden ist. Es wäre nicht unmöglich, daß die Einrichtung des Censusregisters eine Zersplitterung der ursprünglich als Einheiten eingetragenen Grundstücke ausgeschlossen habe, wenigstens würde sich auf diese Weise erklären, wie die alten Landloose von 7 Jugera sich noch bis in die spätere Zeit hinein zu erhalten vermochten. [167])

Der unverkümmerten Befugniß zur Veräußerung entspricht auf der entgegengesetzten Seite

3) die unbeschränkte Befugniß zum Erwerbe. Beschränkungen der persönlichen Erwerbfähigkeit in Handel und Gewerbe durch Monopole oder Zunfteinrichtungen, wie sie unser heimischer Boden in so reicher Zahl getragen hat, sucht man in Rom vergebens. Jeder konnte treiben, wozu er Fähigkeit und Lust

167) Daraus „daß selbst nach dem Tode des Vaters sich häufig die Söhne mit ihren Familien nicht von einander trennten und gemeinsam das Erbgut bebauten" (Roßbach Untersuch. über die röm. Ehe S. 429) läßt sich jene Erscheinung nicht erklären; ein solches Gemeinsamkeitsverhältniß ließ sich kaum 2—3 Generationen hindurch fortsetzen, geschweige Jahrhunderte lang.

hatte; die einzige Ausnahme, die davon in späterer Zeit gemacht ward, bestand meines Wissens in dem Verbot des Handels für Senatoren. Jene Vormundschaft des Staats, welche jedem einzelnen Beruf seine Erwerbsquellen sichern will, indem sie dieselben mit einem eisernen Geländer umgibt und in ihrer Fürsorge, die Quellen des Pauperismus zu verstopfen, sogar soweit geht, daß sie dem Menschen zwei Rechte verkümmert, die mit ihm geboren, indem sie die Eingehung der Ehe und die Wahl des Aufenthaltsortes an den Nachweis von Subsistenzmitteln knüpft — jene Vormundschaft und das römische Gefühl der persönlichen Unabhängigkeit waren unvereinbare Gegensätze. Auch der römische Staat suchte der Armuth zu steuern, aber in ganz anderer Weise als durch Beschränkungen der persönlichen Freiheit (§. 34).

Ebensowenig gab es künstliche Schranken rücksichtlich der Sachen. Kein Familiencommiß erhielt mühelos das Gut der Familie, dafür mußte sie selber sorgen durch eigne Thätigkeit und Anstrengung, keine Lehnsverfassung monopolisirte den Grundbesitz zu Gunsten einer bevorzugten Kaste — jeder konnte jedes erwerben. Nur, was der Gemeinde oder den Göttern gehörte, war dem Privatbesitz entzogen (res extra commercium). Natürlich galt dies freie Erwerbsrecht (commercium) nur für den Römer und, wer ohne Bürger zu sein, desselben theilhaftig geworden war; ein anderer mochte auf römischem Gebiet sich aufhalten, wohnen, Handel treiben, römisches Eigenthum erkannte man in seiner Person nicht an, insbesondere also auch nicht ein Grundeigenthum.

Das Prinzip der absoluten Freiheit des Verkehrs ist vom ältern Recht nur in zwei Beziehungen beschränkt. Zuerst durch die lex Licinia Sextia aus dem Jahre 387 d. St. im Interesse des kleinen freien Bauernstandes, um dem Ueberhandnehmen der Plantagenwirthschaften, wie sie Mommsen treffend bezeichnet, zu steuern.[168]) Das Gesetz enthält drei Beschränkungen, die erste

168) Huschke Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern. Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. §. 15.

setzte als Maximum des in einer Hand zu vereinigenden Grundbesitzes, sowohl des ager privatus als ager publicus, das Maß von 500 Jugera fest, aber wohl bemerkt, ohne dem Mehrbesitz den rechtlichen Charakter zu entziehen — es verbot, es strafte ihn, aber es machte ihn juristisch nicht unmöglich, war also in heutiger Sprache gesprochen[169]) eine Polizeimaßregel, welche die Rechtsgrundsätze, das Prinzip des Eigenthums unangetastet ließ. Die zweite und dritte betrafen das Maximum des zu haltenden Viehs und die Zahl der neben den Sclaven zu beschäftigenden freien Arbeiter.

Die zweite Schranke bezog sich auf den Geldverkehr, sie sollte dem Wucher steuern — ein Problem, mit dessen Lösung die römische Gesetzgebung und Verwaltung Jahrhunderte lang sich abmühte, ohne ihr Ziel recht zu erreichen. Auf den Ernst dieser social und politisch gleich gewichtigen Frage ist bereits oben (S. 71) aufmerksam gemacht. Es hat kein Interesse für unsern Zweck, die Geschichte der römischen Zinsbeschränkungen zu verfolgen, dagegen verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, daß auch sie den Charakter von Polizeimaßregeln an sich trugen, welche den Grundsatz der freien Autonomie gesetzlich nicht alterirten, d. h. das Zinsversprechen war auch über das gesetzliche Maß hinaus juristisch gültig und klagbar, aber den Verächter des Gesetzes traf Strafe.[170])

Im übrigen entfaltete sich gerade auf dem Gebiete des Obligationenrechts, nämlich im alten Schuldrecht, der Gedanke der privatrechtlichen Macht und Herrschaft mit der äußersten Schroffheit und Rücksichtslosigkeit.

Die Macht, welche die Obligation dem Gläubiger über den Schuldner gewährte, richtete sich in consequenter Durchführung der persönlichen Natur des Anspruchs lediglich gegen die Person

169) In römischer Sprache eine lex minus quam perfecta.

170) Manus injectio aufs Vierfache (III. 112 fl.) und öffentliche Anklage wegen Wuchers Liv. 10, 23.

desselben, ohne das Vermögen im Mindesten zu ergreifen, aber sie erfaßte die Person in ihren Wurzeln. Execution der Schuld bedeutete Vernichtung der Persönlichkeit des Schuldners: der *rechtlichen*, wenn nur Ein Gläubiger vorhanden war (Verkauf als Sklave in die Fremde), der *physischen*, wenn ihrer mehrere vorhanden waren (das in partes secare der XII Tafeln d. i. Zerfleischen des Schuldners). Beide Executionsmittel gaben den erbitterten Gläubigern Gelegenheit zu furchtbarer Rache, und es ist gewiß statthaft, diesen Gesichtspunkt der Rache mit hervorzuheben; aber zunächst hatten sie doch nur den Zweck den Schuldner und seine Familienangehörigen zur Zahlung zu zwingen. Je unabhängiger der Schuldner hinsichtlich seines *Vermögens* dem Gläubiger gegenüber dastand, je weniger letzterer ein *directes* Mittel hatte, dolose Veräußerungen seines Schuldners zu verhindern, um so mehr mußte er auf indirectem Wege dagegen gesichert sein; je weniger der Gläubiger *wider* Willen des Schuldners Zahlung erzwingen konnte, um so mehr bedurfte es eines ausreichenden Mittels auf den Willen des Schuldners einzuwirken. Böswillige und betrügerische Machinationen zum Nachtheil der Gläubiger, die heutzutage in den seltensten Fällen vereitelt werden können, fielen nach dem ältern römischen Executionssystem auf den Schuldner selbst zurück. Es konnte hier *gegen* den Willen des Gläubigers nicht vorkommen, daß der Schuldige der verdienten Strafe entging. Freilich konnte auch den völlig Schuldlosen, der durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden war, dieselbe Strafe treffen. Aber auch hier lasse man sich durch die bloße abstracte Möglichkeit nicht schrecken; im Leben gestaltete sich die Sache ganz anders als man nach dem abstracten Rechte glauben könnte. Jenes Zerfleischen des Schuldners soll nach dem Bericht der Römer nie vorgenommen worden sein.[198] War

198) Gell. 20. 1. Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi ut re ipsa apparet eo consilio tanta immanitas poenae denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur .... dissectum esse antiquitus ne-

es denn etwa ein leeres Schreckmittel? Sicherlich nicht! Ein Schuldner, der im Vertrauen darauf, daß die Gläubiger nicht wagen würden, eine so unmenschliche Strafe an ihm zu vollziehen, ihnen getrotzt und ihnen, was an Zahlmitteln in seiner Hand war, vorenthalten hätte, würde bald zu seinem Schaden des Gegentheils inne geworden sein. Die Gläubiger brauchten ihn nicht sofort zu viertheilen, sie konnten erst einmal den Versuch machen, welchen Eindruck das Abschneiden eines einzelnen Körpertheils, der Ohren, Nase u. s. w. auf ihn machen werde. Bevor es an die Arme und Beine kam, war sicherlich der Trotz gebrochen und die verborgene Habe des Schuldners zu Tage gebracht oder das Mitleiden der Verwandten und Freunde zur thätigen Beihülfe angespornt. Wo dieser Erfolg nicht erreicht ward, konnte dies als Beweis gelten, daß von einem solchen Schuldner nichts zu hoffen war, und hier scheint die Furcht vor der Erbitterung des Volks die Gläubiger von der Fortsetzung der „peinlichen Frage," wie man diese Art der Execution nennen könnte, abgehalten zu haben.[198a]) Mit dem Verkauf in die Fremde hatte es wohl eine ähnliche Bewandniß. Als Schreckmittel für einen zahlungsfähigen, aber zahlungsunlustigen Schuldner reichte er vollkommen aus, bei verschuldeter Insolvenz mochte er oft genug wirklich zur Ausführung kommen, da hier eine Nachsicht von Seiten des Gläubigers oder eine Beihülfe von Seiten der Verwandten, Freunde u. s. w. vielleicht eben so selten, wie umgekehrt bei unverschuldeter Insolvenz regelmäßig zu erwarten war. Damit wollen wir das Loos des Schuldners auch im letzten Fall keineswegs mit schönen Farben malen, denn die Aussicht auf die Gefahr, die ihm drohte, brachte ihn ganz in die Hand des Gläubigers, und

---

minem equidem neque legi, neque audivi (dem Africanus in den Mund gelegt).

198a) Härte und Grausamkeit der Gläubiger gegen ihre Schuldner führte nicht zu selten zu Unruhen und Aufläufen, die für sie einen bedrohlichen Charakter annehmen konnten. Liv. 2, 27: metusque omnis et periculum libertatis in creditores a debitoribus verterat. 6, 14. 8, 28.

daß die Römer sich einer solchen Gewalt mit Schonung und Humanität bedient hätten, wird auch dem eifrigsten Verehrer derselben nicht einfallen zu behaupten. Vielmehr ist es begreiflich, daß der Gläubiger dem Schuldner das wenige, was er besaß und erwarb, entzog,[199]) ja ihn selbst zu persönlichen Dienstleistungen zwang,[200]) — alles nicht erst in Folge der Execution, sondern vor und zur Abwehr derselben.

---

199) Von einer solchen dem Rechte nach unwirksamen, aber factisch den Zweck erreichenden Beschlagnahme des Vermögens der Schuldner, namentlich der abwesenden, ist bei Livius öfter die Rede, so z. B. II. 24 . . ne quis militis, donec in castris esset. bona possideret aut venderet.

200) Sei es bloß zu vorübergehenden einzelnen, wodurch die Freiheit nicht afficirt wurde, sei es zu einem dauernden Zustand der Dienstbarkeit, der den Genuß der politischen Rechte suspendirte. Varro de re rust. 1, 17 sagt, man gebrauche zum Landbau außer den Sklaven auch freie Personen, und zwar Tagelöhner; oder: ii quos obaeratos (al. obaerarios, nicht Verurtheilte, Addicirte, sondern Verschuldete) nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures. Varro L. L. 7, 5 §. 105: Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus. Auch die Kinder der Schuldner nahm man in Ermangelung ihrer selbst. Liv. 2, 24 . . neve liberos nepotesve moraretur. 8, 28: cum ob aes alienum paternum se nexum dedisset und liberumque suorum respectu. Von der beim alten Executionsverfahren vorübergehend vorkommenden Fesselung ohne Verpflichtung zur Dienstbarkeit war dieser dauernde durch Vertrag (nur freilich nicht Selbstmancipation) begründete, die Execution abwehrende Zustand der Dienstbarkeit innerlich verschieden, wenn gleich äußerlich sehr ähnlich, da auch die Fesseln der XII Tafeln hier nicht fehlten. Die lex Poetelia Papiria (Liv. 8, 28) hob das nexum in diesem Sinn (nicht in dem einer liquiden Schuld) auf; soweit die Schuldner auch jetzt noch durch Dienstleistungen an den Gläubiger ihre Schuld abzuverdienen suchten, woran sie Niemand hinderte, blieben sie wenigstens frei, behielten den Genuß ihrer politischen Rechte und konnten, wenn der Gläubiger sie schlecht behandelte, jeden Augenblick die Dienstleistungen sistiren. Zu einer ähnlichen Ansicht gelangt auch Burchardi, Lehrbuch des röm. Rechts. Th. 2. §. 129.

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — Die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben.

Domestici magistratus, sub quorum custodia continue retur domus.
Seneca de benef. III. 11.

XXXII. Das Haus hat für die privatrechtliche Herrschaft eine hohe Bedeutung. Es ist nicht bloß der Ursitz derselben und ihr ursprüngliches Territorium, daher verlangt die römische Sitte bei der Hochzeitsfeierlichkeit die Aufnahme der Frau in das Haus des Mannes (deductio in domum) — [204a]) sondern es behält auch, nachdem sie selbst sich weit über die engen Gränzen desselben ausgedehnt hat, einen besonders ausgezeichneten Charakter für sie bei, der sich dem Vermögen, welches das Haus in sich birgt, mittheilt. In dieser räumlichen Gemeinschaft der Personen und Sachen, in dieser Bestimmung der Sachen für die unmittelbare persönliche Existenz und das Familienleben liegt für die Sache selbst ein sittliches Moment, das dem von dieser Aeußerlichkeit losgerissenen Vermögen völlig abgeht. [205])

204a) L. 5. i. f. de R. N. (23. 2). . deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.

205) Beruht auf dieser Vorstellung vielleicht der Gegensatz der beiden Ausdrücke, mit denen das ältere Recht das Vermögen bezeichnet: familia (Ausgangspunkt: das Haus s. Note 214) und pecunia (Ausgangspunkt: pecus)? Vom Vermögen des Volks wird nur pecunia gebraucht, nicht familia, es hat keine Beziehung zur hausherrlichen Gewalt, ist ein bloßes Werthobject (wie das peculium des Sklaven). Auch im englischen Recht ist das Hausthier der etymologische und historische Ausgangspunkt einer besondern Sphäre des Vermögens geworden (chettals real und personal von catalla, chattels Hausthiere, fahrende Habe) im Gegensatz des Grundeigenthums (freehold). Gundermann Engl. Privatrecht I. 146. Gegen die Zurück-

Die hervorragendste Stelle nimmt unter ihnen das Haus selber ein. An das Haus knüpft das natürliche Gefühl die Vorstellung eines besondern Friedens, der hier herrschen soll, eines Asyls, das dem Bewohner einen Schutz gegen die Außenwelt gewähren soll. Das Verlangen nach Selbständigkeit und Unabhängigkeit, dem die Außenwelt so oft die Gewährung versagt, hier sucht und verlangt es um so mehr seine Befriedigung; in diesem Zustande der räumlichen Abgeschiedenheit und des natürlichen Für-Sich-Seins ist auch das Gefühl der rechtlichen Abgeschiedenheit und des rechtlichen Für-Sich-Seins d. i. der rechtlichen Persönlichkeit ganz besonders wach und rege. Nirgends empfindet die Persönlichkeit Verletzungen so schwer als hier; je mehr dieselben mit dem Frieden contrastiren, den wir hier gewohnt sind zu finden, um so bitterer die Kränkung. [205a])

Diese Vorstellung von dem Frieden des Hauses hat in manchen Rechten in der gesetzlich anerkannten Unverletzlichkeit des Hauses ihren Ausdruck gefunden und so auch im ältern römischen Recht. Zu dem oben ausgeführten Gesichtspunkt gesellte sich für Rom noch ein anderer hinzu, der das römische Haus zu einem Heiligthum im eigentlichen d. i. religiösen Sinn machte und ihm den Charakter eines durch die Religion geschützten Asyls verlieh. Das römische Haus ward nicht bloß von Menschen bewohnt, sondern auch von Göttern, es war der Tempel der Vesta und der Sitz der Penaten. Den Hausherrn, ihren Priester, mit Gewalt aus seinem Hause zu ziehen, wäre eine Versündigung gegen sie selbst gewesen und war daher durch das fas wie das jus gleichmäßig

---

führung des Begriffs der „familia" auf die „famuli" (so noch von Bethmann-Hollweg Der Civilproceß des gemeinen Rechts I. S. 136) spricht, daß bei jener Doppelbezeichnung des Vermögens gerade das Wichtigste: Haus und Hof ausgelassen worden wäre.

205a) Daher die Betonung des Hauses in den Bestimmungen des späteren Rechts über die Tödtung des Ehebrechers Collat. leg. mos. 4, 12, §. 1.. domi suae vel generi sui deprehensum §. 6. ita demum, si eum domi suae deprehendat.

untersagt.[206]) Ja es war sogar zweifelhaft, ob man Jemanden auch ohne alle Anwendung von Gewalt aus seiner Wohnung vor Gericht fordern dürfe.

Haussuchungen schienen den Römern hiermit nicht in Widerspruch zu stehen, denn es hatte nicht bloß in dem der dritten Periode angehörigen Verfahren der quaestiones perpetuae[207]) der öffentliche Ankläger das Recht, sie überall vorzunehmen, wo er relevante Documente und Hausbücher, deren Besitz abgeläugnet wurde, vermuthete, sondern in den XII Tafeln ward ein privatrechtlicher Fall derselben ausdrücklich hervorgehoben, die Haussuchung nach gestohlenen Gegenständen.[208]) Die Widersetzlichkeit des Verdächtigen gegen die Vornahme der Haussuchung hatte das Gesetz gar nicht vorgesehen; ging die Meinung des Gesetzes etwa dahin, daß der Widerstand durch Anwendung von Gewalt beseitigt werden solle? Ein solcher gewaltsamer Einbruch in das Haus hat etwas höchst widerstrebendes; das prätorische Edict vermied ihn dadurch, daß es den Widersetzlichen als geständig

---

206) Durch das fas s. die schöne Stelle von Cicero pro domo c. 41: Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur. Hoc perfugium est ita sanctum, ut inde abripi neminem fas sit. Durch das jus: L. 18 de in jus voc. (2. 4.) Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. L. 21 ibid. Sed etsi qui domi est interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

207) Geib, Geschichte des röm. Krim. Prozess. S. 351. Die Beispiele sind aus Ciceros Zeit, aber nichts deutet darauf hin, daß es früher anders gewesen.

208) Gaj. III. 186 fl. Das Gesetz kannte zwei Arten: die unfeierliche, die, wenn sie die Auffindung der gestohlenen Sache zur Folge gehabt, die Strafe des triplum nach sich zog (act. furti concepti; davon Gaj. §. 186, 187) und die feierliche (per linteum et lancem), die nur eintrat, wenn der Verdächtige selbst es wünschte, welche dafür aber die Strafe des quadruplum nach sich zog; Gaj. §. 192, 193.

behandelte und mit der höchsten Strafe belegte,[209]) wahrscheinlich schloß es aber, wie bei der Lehre vom furtum überhaupt,[210]) so auch hier sich nur einer alten Praxis an. Ob es, wenn dem öffentlichen Ankläger Widerstand entgegengesetzt ward, zur Anwendung von Zwangsmaßregeln kam, oder ob die Strafe, die dem Widersetzlichen angedroht ward,[211]) das alleinige, aber gewiß ausreichende[212]) Mittel war, seinen Widerstand zu brechen, lasse ich dahingestellt.[213])

Der äußern Abgeschlossenheit des Hauses, welche den Frieden desselben gegen Störungen und Gewaltthätigkeit sichert, entsprach die innere: die Selbständigkeit des Hausregiments mittelst Ausschließung aller Einflüsse und Gewalten, welche die Ruhe und den Frieden des Hauses gefährden konnten. Innerhalb des römischen Hauses gibt es keine Rechtsstreitigkeiten, die Justiz hat hier Nichts zu thun, der Hausherr selber übt die Justiz.

Das römische Haus mit allem was darin ist: die familia,[214]) ist eine in sich abgeschlossene Welt, deren Leitung und Lenkung ausschließlich dem Oberhaupt des Hauses, dem pater familias zusteht, und deren Beziehungen zur Außenwelt lediglich

---

209) Gaj. III. 192.

210) z. B. Gaj. III. 190 191. a. a. O.

211) In der öffentlichen Vollmacht des Anklägers (Geib a. a. O. S. 285).

212) Cic. in Verr. 4, 66 . . . Ille contradicere . . . Quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis sanctionem poenamque recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.

213) Ein Zeugniß für die Anwendung von Zwangsmaßregeln aus späterer Zeit s. bei Apulejus Met. lib. 9 i. f. (ed. Bip. I. 222) . . obstinate denegantem. Immissis itaque lictoribus cet erisque publicis ministeriis.

214) Familia im allgemeinen Sinn bezeichnet das Hauswesen, im engeren sowohl das Vermögen allein (z. B. familiae erciscundae judicium, ex familia Cassia Liv. 2, 8. 15, 41) als die Familie allein. Die richtige etymologische Ableitung des Wortes s. bei Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 14 (Sanskr.: dhâ setzen, dhâman Sitz, Wohnsitz, Haus; Uebergang des dh in f wie anderwärts z. B. θήρ in fera). Also familia der Hausstand, das Hauswesen, familiaris und famulus der Hausgenosse, Hausfreund. So ist daher die Uebersetzung von paterfamilias, filiusfamilias,

durch ihn vermittelt werden. Keine der ihm unterworfenen Personen kann als Kläger oder Beklagter vor Gericht erscheinen; die Ansprüche, die sie gegen Dritte erworben, die Kränkungen, die sie erlitten haben, macht Er geltend, umgekehrt ist Er es auch, der die gegen sie zu richtenden Angriffe aufnimmt. Für dieses Gewaltverhältniß werden von den Römern verschiedene Ausdrücke gebraucht, so im Anschluß an domus: [215]) dominus, dominium; sodann herus[216]) — Ausdrücke, die mehr die sächliche die Eigenthums Seite des Verhältnisses bezeichnen; potestas, vorzugsweise für die persönliche Seite desselben, d. h. das Verhältniß des Oberherrn zu seinem Untergebenen benutzt,[217]) insbesondere in Anwendung auf Hauskinder

---

Hausvater, Hausſohn ganz zutreffend. Aehnlich in Griechischen *οἶκος* das Haus und sodann 1. Vermögen, 2. Familie; *οἰκέται* Frau, Kinder, Sklaven.

215) z. B. in l. 195 §. 2 de V. S. (50. 16) paterfamilias, qui in domo dominium habet. Ennius bei Cic. de off. 1, 39: O, domus antiqua, heu, quam dispari dominare domino; nec domo dominus, sed domino domus honestanda. de finib. I. 18: nec in discordia dominorum domus. Ich würde trotzdem Bedenken tragen dominus von domus abzuleiten, da nach Festus: Dubenus apud antiquos dicebatur, qui nunc dominus. Freund Wörterbuch Artikel: dominus erklärt sich aber dafür. Die Ableitung von Ballhorn-Rosen Zur Vorgeschichte des R. R. I. S. 105 fl., (*δῶ*, *δόμενος*, dare sc. thura, vinum, exta, victimam u. s. w. = opfern, dominus = der Opfernde) erinnert an die Erklärung von opus (sc. apium) als Honig. Ebenso gut könnte man aus dominus einen Schreibenden, Rathgeber, Bestraften machen (dare sc. literas, consilium, poenas). Bei solcher Methode ist es freilich leicht, wie der Verf. sich vorgesetzt zu haben scheint, das ganze alte Recht mit einem Heiligenschein zu übergießen und die lateinische Sprache mit einem Reichthum von Ausdrücken für „opfern" zu bereichern, mit dem ein Dutzend andere Sprachen zusammengenommen es nicht würden aufnehmen können.

216) Mit dem Ausdruck herus (unser „Herr") bezeichnen bei Plautus die Sklaven durchgehends ihren Herrn, und er kam auch in der lex Aquilia vor (l. 11 §. 6 ad leg. Aq. 9. 2); für den Ehemann wird er höchst selten gebraucht, Catull. 81, 116.

217) Darauf weist auch die Etymologie hin. Potis ist der Ernährer (potus der Trank) daher *δεσπότης* der Herr, potis esse, posse, die Macht haben, können.

(patria potestas) und Sklaven, aber auch für die übrigen Herrschaftsverhältnisse über Personen und Sachen.[218]) Sodann endlich manus, und in diesem Ausdruck besitzen wir, wenn nicht alles täuscht, den ursprünglichen Ausdruck für die gesammte Herrschaft, des Hausherrn über seine „Familia," Sachen sowohl wie Personen.[219]) In späterer Zeit ist derselbe im technischen Gebrauch allerdings auf einen Zweig derselben: die eheherrliche Gewalt eingeschränkt worden,[220]) allein seine frühere allgemeine Bedeutung schimmert noch in den Compositis, in denen er sich auch im neuern Sprachgebrauch in Anwendung auf die anderen Gewaltverhältnisse erhalten hat: emancipare (bei Kindern) manumittere (bei Sklaven) mancipium, deutlich genug durch. Diese Einheit des Ausdrucks setzt die ursprüngliche Einheit des Begriffs voraus, und die Behauptung wird nicht von mir zuerst aufgestellt,[221]) daß die verschiedenen Formen der absoluten Gewaltverhältnisse: das Eigenthum in Anwendung auf Sachen und Sklaven, die eheherrliche und hausväterliche Gewalt nur die später zur Selbständigkeit des Begriffs entwickelten Seiten eines und desselben Urbegriffs gewesen seien. Manus und familia waren Correlate; familia bezeichnete das Herrschaftsgebiet, manus das Symbol und

---

218) z. B. Vermögen (in diesem Sinn in der lex Atinia über die Usucapion der res furtivae: in potestatem reverti. L. 4 §. 6 de usurp. (41. 31.) Tutel (vis ac potestas in capite libero. §. 1 I. de tutel. [1. 13]). Eheliche Gewalt (in potestatem viri cedit. Serv. ad Aen. 4. 103) s. Roßbach a. a. O. S. 28.

219) Es ist das deutsche: munt, mundium — eine der etymologischen und sächlichen Spuren der ursprünglichen Rechtsgemeinschaft der indogermanischen Völkerfamilie.

220) Im Leben kam er noch in seiner ursprünglichen Allgemeinheit vor; Belegstellen bei Roßbach a. a. O.

221) Das Verdienst ihrer ersten und zugleich höchst energischen Aufstellung gebührt Joh. Christiansen Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte B. 1. S. 136 fl. Auch Roßbach a. a. O. S. 10—41 hat dieselbe Ansicht vertheidigt, dem Anschein nach, ohne seinen Vorgänger zu kennen.

Werkzeug der Macht, die Herrschaft selber; beide umfaßten alles, was im Hause war: Sachen und Personen, freie und unfreie, sie alle waren »alieni juris,« d. h. der Hausherr hatte an ihnen nicht bloß einzelne Rechte, sondern er hatte sie selber mit allem, was sie waren, hatten, abwarfen, einbrachten. In dieser absoluten Unterwürfigkeit unter seinen Willen standen sie sich sämmtlich gleich, und das eben sollte der Ausdruck manus ausdrücken. Wäre uns eine tiefere Einsicht in die Entwicklungsgeschichte des römischen Eigenthums vergönnt, wir würden wahrscheinlich nicht bloß die Frage aufwerfen, sondern sie auch bejahen können: ob nicht auch die manus im Proceß (das manum conserere und asserere) und die res mancipi nebst der mancipatio ursprüngliche Stücke des ältesten Manussystems gewesen seien.[222])

Die Annahme der ursprünglichen Identität des Herrschaftsbegriffs setzt keineswegs voraus, daß die aus der verschiedenen Natur der Objecte mit Nothwendigkeit sich ergebenden Verschiedenheiten darüber hätten ignorirt werden müssen. Einer konnte mehrere Sklaven und Kinder haben, aber nicht mehrere Frauen, ein Sklave konnte mehrere Herren, ein Kind aber nicht mehrere Väter haben, das Eigenthum an Sklaven und die manus an der Frau entstand durch usus, nicht aber die väterliche Gewalt, die Sklaven konnte man legiren, nicht aber die Frau und das Kind. Gerade die Erkenntniß dieser Verschiedenheiten mußte zu der Einsicht drängen, daß es mit dem allgemeinen Gedanken der absoluten Gewalt nach nicht gethan sei, sondern daß derselbe nach Verschiedenheit der unterworfenen Gegenstände einer detaillirten Gestaltung fähig und bedürftig sei. So spaltete er sich denn in die uns bereits bekannten Aeste: das Eigenthum, die väterliche und die eheherrliche Gewalt. Die Gewalt des Herrn über den Sklaven ward dem Eigenthumsbegriff untergeordnet, obschon die damit ausgesprochene Gleichheit des Sklaven mit der Sache kei-

222) Bei der Geschichte des Eigenthums (Absch. 2) werde ich auf die Frage zurückkommen.

neswegs vollständig durchführbar war.[225]) Als temporäres und schon dadurch eigenthümlich beschränktes Gewaltverhältniß gesellte sich zu den drei Gewaltverhältnissen über die Frau, Kinder und Sklaven noch das Mancipium hinzu.

Im dunklen Gefühl des eben entwickelten ursprünglichen Verhältnisses hat man denselben wohl hie und da den Ausdruck gegeben: das ältere Recht habe auch das Verhältniß des Hausherrn zu Frau und Kindern unter dem Gesichtspunkt des Eigenthums erfaßt. Dies ist verkehrt. Es ist mit Nichts erwiesen, daß der Begriff des Eigenthums historisch dem der hausherrlichen Gewalt vorausgegangen sei und den Prototyp für letztern habe abgeben müssen. Die Aehnlichkeit beider schreibt sich nicht daher, daß der eine dem andern nachgebildet, sondern daher, daß beide sich von einem gemeinsamen Grundbegriff abgezweigt haben. Wenn man zur Unterstützung jener Idee angeführt hat, daß die XII Tafeln in dem Satz: uti legassit super pecunia tutelave suae rei unter der sua res auch die Kinder und Ehefrau begriffen habe, so könnte man aus unsern heutigen Ausdrücken: „Angehörige, Haus (im Sinn der Hausgenossen), meine Kinder" für unsere heutige Auffassung ganz dasselbe deduciren. Es kömmt nicht auf die Ausdrücke, sondern auf die Rechtssätze an.

Unter den Eigenthumsobjecten gibt es gewisse, die zu dem römischen Hauswesen in engster Beziehung, in einer Art Dienstverhältniß stehen, indem sie entweder wie Haus und Hof ihm die sächliche Grundlage oder wie die Sklaven und das zum Ziehen und Tragen dienende Vieh die Arbeitskräfte zum Betrieb der Wirthschaft stellen. Das Moment der dauernden Bestimmung und ihrer Unentbehrlichkeit für das römische Hauswesen ist diesen Sachen mit den freien Personen im Hause gemein; ohne beides läßt sich ein ordentliches Hauswesen, eine gesunde Wirthschaft gar nicht denken. Den Gegensatz zu ihnen bilden diejenigen Sachen, welche wenn auch noch so nöthig wie z. B. alle Lebens-

225) z. B. nicht beim statuliber s. u.

mittel dennoch keine Bestandtheile des Hauses sind, nicht mit arbeiten und folglich auch kein individuelles Interesse haben. Dieser Gegensatz ist der bekannte der res mancipi und nec mancipi. Welche rechtliche Folgen sich an ihn knüpften, soll an einer andern Stelle untersucht werden, hier genügt es, die Beziehung der res mancipi zum römischen Hause, zur „familia" angedeutet zu haben.

Aus dem Kreise jener Gegenstände des „Hauseigenthums" im Gegensatz zur „pecunia" ziehen wir die Sklaven unter unsern Gesichtspunkt der hausherrlichen Gewalt: der potestas hinüber. In den Sklaven fallen die beiden Begriffe des Eigenthums und der Gewalt d. h. der Beherrschung denkender Wesen zusammen, und das Gewaltverhältniß über die Sklaven, die herrschaftliche Gewalt hat den ursprünglichen Charakter und Gehalt der hausherrlichen Gewalt überhaupt am reinsten bewahrt. Darum werden wir unsere Darstellung mit ihm beginnen. Ihm am nächsten kommt das Gewaltverhältniß über die Kinder, die väterliche Gewalt. Am weitesten von dem ursprünglichen Ausgangspunkt hat sich die eheherrliche Gewalt, die Manus im engern Sinn, entfernt. In dieser Ordnung werden wir dieselben im Folgenden darstellen. Das Mancipium soll bei Gelegenheit der väterlichen Gewalt berührt werden, bei der es als praktisches Institut (im Gegensatz zu seiner fortdauernden Anwendung als Scheingeschäft) in späterer Zeit allein noch vorkommt.

1. Die herrschaftliche Gewalt über die Sklaven.

An jedem der genannten Gewaltverhältnisse lassen sich zwei Seiten unterscheiden, die persönliche und vermögensrechtliche. Letztere wiederholt sich bei allen in völlig gleicher Weise, die unterworfene Person erwirbt alles dem Herrn, kann selber nichts Eignes haben. Sie ist juristisch so zu sagen nichts als ein Leitapparat für den Herrn. Von dem Willen des Herrn ist diese Wirkung völlig unabhängig, sie tritt vermöge der Consequenz des gan-

zen Verhältnisses mit Rechtsnothwendigkeit ein, so daß sie sich selbst durch entgegengesetzten Willen von seiner Seite nicht abwenden läßt. Die Ueberlassung eines Vermögensstücks an die unterworfene Person (Peculium) ist daher, so sehr der Herr immerhin sich subjectiv dadurch gebunden halten möge, rechtlich etwas völlig unwirksames, ein bloßes Factum, das er in jedem Moment wieder aufheben kann. Dieser Gesichtspunkt der rechtlichen Bedeutungslosigkeit des Peculiums wurde im ältern Recht nur bei einer einzigen Gelegenheit, von der nachher (Note 234) die Rede sein wird, zu Gunsten der Sklaven verläugnet.[226]) Die juristische Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen dem Gewaltinhaber und dem Untergebenen konnte daher auch durch die Einräumung eines Peculiums nicht gehoben werden.[227])

Unter der persönlichen Seite jener Gewaltverhältnisse verstehen wir die persönliche Unterordnung des Hausangehörigen unter den Herrn. Letztere war bei dem Sklaven eine absolute.[228]) Man kann, um sich den ungeheuern Inhalt derselben zu vergegenwärtigen, einzelne Dispositionen, die aus dem absoluten Belieben folgen, hervorheben, z. B. das Recht, den Sklaven nach Lust und Laune zu verheirathen, von Weib und Kind zu trennen, zu verkaufen, verleihen, züchtigen, tödten; ein anderes Interesse hat eine solche Aufzählung nicht. Das Dürfen reichte hier wie bei einer Sache so weit, als das Können.

Demnach ließ sich die Gewalt über den Sklaven geradezu als Eigenthum bezeichnen, und dies ist von den Römern auch geschehen.[229]) Es lassen sich eine Menge von Consequenzen namhaft machen, an denen sich die praktische Realität dieser Auffas-

---

226) Im neuern auch zu Gunsten der Gläubiger — die act. de peculio des prätorischen Edicts.

227) Wie es factisch sich machte, davon nachher.

228) Ebenso für das ältere deutsche Recht, Grimm Rechtsalterth. S. 342 fl. Daher die Rechtsparömie: er ist mein eigen, ich mag ihn sieden oder braten (das. S. 345).

229) Ulp. XIX. 20.

sung bewährte und die bei den andern Gewaltverhältnissen undenkbar waren, so z. B. die Möglichkeit des Miteigenthums, der bonae fidei possessio, der Theilung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums, der Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht an Sklaven,[230]) der Dereliction u. s. w.

Diese Gleichstellung des Sklaven mit der Sache hatte aber doch ihre Gränze, sie beschränkte sich auf die gleichmäßige Unterordnung beider unter den unbeschränkten Willen des Herrn; darüber hinaus verkannte man auch im Sklaven den Menschen nicht. So erstreckte man z. B. die Verwandtschaftsverbote auch auf die Sklaven-Ehe, so strafte man auch die Injurie gegen einen Sklaven,[231]) vor allem aber äußerte sich die Verschiedenheit in der Möglichkeit der Freilassung des Sklaven. Das Recht der Freilassung ist ein für die Charakteristik der herrschaftlichen Gewalt höchst bedeutungsvolles Moment. Der freie Entschluß des Herrn macht aus einem Gegenstand, der bisher kaum etwas anderes war als eine Sache, eine Person, einen römischen Bürger, ja möglicherweise sogar das Mitglied einer römischen Familie.[232]) So ist nicht bloß die Tiefe, zu der jene Gewalt die unterworfene Person herabdrückt, sondern ebensowohl die Höhe, zu der sie dieselbe erheben kann, gleich charakteristisch für sie. Die Entfernung zwischen diesen beiden Endpunkten ist bei keiner andern Gewalt eine so ungeheure, und es gibt kein zweites Beispiel, woran die Vollgewalt des subjectiven Willens sich in so glänzen-

---

230) L. 24—27 comm. div. (10. 3) — l. 26 de usufr. (7. 1) l. 9 in quib. caus. pign. (20. 2.)

231) L. 1 §. 3 de injur. (47. 10). Juristisch mußte sie unter den Gesichtspunkt einer mittelbaren Injurie gegen den Herrn gebracht werden, aber wenn der Sklave hier nur als Thier gegolten hätte, so hätte z. B. bei Körperverletzung nicht die Injurienklage, sondern die act. leg. Aquiliae gegeben werden müssen.

232) Gell. V. 19: Alioquin si juris ista antiquitas servetur (nach neuerm Recht nämlich war es unpraktisch) etiam servus a domino per Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait (Masurius Sabinus) plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.

der Weise bethätigte, als hier, wo derselbe einseitig über eines der höchsten Güter der römischen Welt verfügte — das römische Bürgerrecht.

Diese Verwandlung der Sache zur Person war bei der gewöhnlichen Freilassung Sache des Moments. Es konnte aber auch, und zwar bei dem Legat der Freiheit unter einer Bedingung, eine Art von Mittelstufe zwischen Person und Sache eintreten, und dieses Uebergangsstadium von der Sklaverei zur Freiheit hat etwas höchst Interessantes. Man mußte hier die gewöhnlichen Grundsätze über die herrschaftliche Gewalt verlassen, wenn der Zweck, um den es sich handelte, erreicht werden sollte. Dem Erben jene Gewalt ungeschmälert zuzusprechen, war undenkbar, besonders wenn die Bedingung in einer Handlung des Sklaven bestand;[233]) der Erbe hätte ihm dann ja die Vornahme der Handlung nur zu verbieten brauchen, um die Freiheit zu verhindern. Als Bedingung war häufig das Aufbringen eines Lösegeldes gesetzt, und wenn nicht das Gegentheil verordnet war, durfte der Sklave dasselbe aus seinem Peculium nehmen;[234]) es liegt aber auf der Hand, daß der Erbe durch Entziehung des Peculium die Erfüllung der Bedingung hätte vereiteln können. Man sieht, es bedurfte hier zur Erreichung des Zweckes einer gewissen Selbständigkeit des Sklaven gegenüber seinem jetzigen Herrn. Aber wie ließ sich, ohne aller juristischen Auffassung Hohn zu sprechen, ein „Recht" des Sklaven annehmen? Die Römer halfen sich in diesem Dilemma, was zunächst den Erben anbetrifft, in der Weise, daß sie eine objective Gebundenheit desselben (ohne ein gegenüberstehendes Recht des Sklaven) herausbrachten, und zwar dadurch, daß sie die Verhinderung der Erfüllung der Bedingung von Seiten des Erben der Erfüllung derselben gleich stellten.[235])

233) L. 3 §. 3 de statul. (40. 7).

234) L. 3 §. 1 de statulib. (40. 7): Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta; receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem.

235) Die alte Regel: quotiens per eum fit, cujus interest conditio-

Was sodann den Sklaven anbetrifft, so ließ sich die ihm vortheilhafte Disposition in der Weise an ihm befestigen, daß man sie zu einer rechtlichen Qualität des Sklaven als bloßer Sache sich niederschlagen ließ.[236]) Dem Erfolg nach war also der Sklave dem Erben gegenüber, soweit nöthig, selbständig.

Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Person in sich barg und schützte.[237])

Bei diesem Verhältniß mußte auch der vermögensrechtliche Verkehr zwischen Herrn und Sklaven, der sonst vom Recht als etwas rein Factisches völlig ignorirt wurde, rechtliche Bedeutung gewinnen. Schulden und Forderungen zwischen Herrn und Sklaven waren juristisch ein Unding, konnten mithin nie vor Gericht zur Sprache gebracht werden. Aber bei dieser Gelegenheit, wo dem Peculium des Sklaven, wenn die Absicht des Testators nicht völlig vereitelt werden sollte, eine rechtliche Unverletzlichkeit zuer-

---

nem non impleri, quominus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset, l. 161 de R. J. (50. 17) scheint ursprünglich gerade für diesen Fall aufgestellt und erst später auf andere Verhältnisse ausgedehnt worden zu sein. Fest. sub voc. statuliber. Ulp. fr. II. §. 5, 6. L. 24 de cond. (35. 1).

236) Der Verkauf von Seiten des Erben schadete also nichts, denn die Sache behielt ihre rechtliche Qualität (d. h. unter einer Bedingung Person zu werden) auch beim Käufer bei, neque enim conditio quae personae ejus cohaesit, immutari . . . potest, wie die l. 5 Cod. si mancip. (4. 57) von einem ähnlichen Fall sich ausdrückt. Bei den res publicae wurde die rechtliche Bestimmung derselben für den allgemeinen Gebrauch in derselben Weise erwirkt. Auch bei ihnen nämlich verlegte man das Recht, welches dem Subject (allen Bürgern) zugedacht, aber als solches juristisch nicht zu construiren war, in die Sache hinein, erreichte den gewünschten Zweck, indem man der Sache eine absolute und unvertilgbar rechtliche Qualität zuschrieb.

237) Das Gegenstück zu diesem Anfang der Person tritt beim Ende derselben ein, nämlich der Uebergang der Person zur Sache. Unter der Schale der Person (fingirte Persönlichkeit der hered. jac., ein durch die historischen Prämissen der römischen Jurisprudenz nöthig gewordener Gesichtspunkt) verbirgt sich hier eine Sache: das Vermögen.

kannt werden mußte,[238]) verhielt sich dies anders, und wir begegnen hier der interessanten Erscheinung, jenen Verkehr zwischen Herrn und Sklaven förmlich nach den Civilrechtsregeln beurtheilt zu sehen.[239]) Man suchte zwar diese gewaltige Abweichung von der Consequenz der herrschaftlichen Gewalt dadurch etwas zu verdecken, daß man nur von obligationes naturales zwischen Herrn und Sklaven sprach,[240]) allein dies war in der That nur eine Form; der Sache nach wurden in diesem Fall, wie im spätern Recht bei der actio de peculio Forderungen und Gegenforderungen anerkannt; der Sklave konnte also z. B., wenn es sich um die Abtragung der ihm auferlegten Summe handelte, Auslagen für den Erben, wie umgekehrt letzterer Vorschüsse an ihn in Anrechnung bringen. Die Zeugnisse, deren wir uns bedient haben, gehören zwar erst dem spätern Recht, das Verhältniß selbst aber dem ältesten Recht an. Die XII Tafeln enthielten bereits eine darauf bezügliche Entscheidung,[242]) und wenn immerhin die vollständige civilistische Durchbildung des Verhältnisses erst ein Werk späterer Zeiten sein mag, so läßt es sich auch für die älteste Zeit in seinen wesentlichen Grundzügen nicht anders denken, als es hier geschildert ist.

Was dies Verhältniß der bedingten Freilassung für unsern Zweck besonders interessant macht, ist der Umstand, daß hier die

---

238) L. 17 de statul. (40. 7.) . . haec mens fuit constituentium, ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset.

239) z. B. hinsichtlich der Frage, ob eine Forderung entstanden, l. 49 §. 2 de pec. (15. 1). Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est . . . nuda ratio (die bloße Rechnung d. h. die bloße Eintragung als Schuldner, der nackte Wille Schuldner zu sein) eum non facit debitorem, hinsichtlich des Erwerbs der Sachen das Requisit der Tradition, l. 8 ibid: ferner l. 21 pr. de statul. (40. 7).

240) Factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. L. 41 de pec. (15. 1).

242) Ulp. fr. 2 §. 4 . . emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet idque lex XII tab. jubet. L. 25, l. 29 §. 1 de statul. (40. 7).

Sklaverei gewissermaßen über sich selbst hinausgeht, die absolute Gewalt des Herrn über die Sache sich an letzterer bis zu einem gewissen Grade bricht.[243])

So das abstracte Recht der Sklaverei! Hält man sich nun bloß hieran, wie es die herrschende Ansicht thut, so muß man nothwendigerweise zu einem völlig verkehrten Urtheil über dies Institut gelangen. So hat man sich das Loos eines römischen Sklaven wie das eines heutigen Negersklaven vorgestellt[244]) und sich zu der Annahme verleiten lassen, als ob das Verhältniß erst in späterer Zeit einen menschlicheren Charakter angenommen habe, weil erst in der Kaiserzeit eine humane Anschauungsweise innerhalb der Gesetzgebung sichtbar wird. Das Verhältniß möchte in Wirklichkeit gerade das entgegengesetzte gewesen sein. Die Sitte sicherte dem Sklaven in alter Zeit ein weit besseres Loos, als späterhin die Gesetzgebung es nur irgend vermochte.[245]) Meiner Ansicht nach müssen wir in der Geschichte der römischen Sklaverei zwei Perioden unterscheiden, nicht nach dem untergeordneten Gesichtspunkt, wie die Gesetzgebung sich zu diesem Institut verhalten, sondern nach dem Zuschnitt und Charakter, den dasselbe zu den verschiedenen Zeiten im Leben an sich trug.

Diese Verschiedenheit des realen Charakters der Sklaverei in früherer und späterer Zeit hatte ihren Grund theils in Mo-

---

243) Ein anderes Verhältniß, in dem in Einer Beziehung wenigstens die absolute Rechtlosigkeit der Sklaven hintenangesetzt wurde, war das der servi publici; sie hatten nämlich das Recht über die Hälfte ihres Vermögens zu testiren, Ulp. fr. 20 §. 16, aber schwerlich gehört diese Singularität schon dem ältern Recht an.

244) z. B. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 343, der letzteres sogar noch für milder hält! Auch Zimmern Gesch. des röm. Privatr. §. 180 läßt erst „nach und nach den Zeitgeist mildernd eingreifen."

245) Die Beispiele schmählicher Grausamkeit und Unmenschlichkeit, die das landläufige Urtheil über den Charakter der römischen Sklaverei bestimmt haben, stammen, soweit ich sehen kann, meistens aus der spätern Zeit. Ein Fall aus alter Zeit beschwor der Sage nach den Zorn der Götter herauf. Macrob. Sat. 1, 11.

menten, die der Sklaverei eigenthümlich waren, theils in den allgemeinen Unterschieden der frühern und spätern Zeit rücksichtlich des Volkscharakters, der Sitte u. s. w.

Ein Umstand, der für die factische Gestaltung der Sklaverei in Amerika von größtem Einfluß ist, insofern er zwischen Herrn und Sklaven eine unübersteigliche Kluft offen hält, besteht bekanntlich in der Racen-Verschiedenheit zwischen Herrn und Sklaven. Im ältern Rom war eine solche nicht vorhanden. Der Sklave gehörte in der Regel einem benachbarten, nicht selten einem stammverwandten Volke an, stand mit seinem Herrn auf derselben Bildungsstufe, vielleicht gar auf einer höhern, kurz der Abstand zwischen beiden betraf nur das Rechtliche in ihrer Stellung, nicht das rein Menschliche. Wie änderte sich dies aber in späterer Zeit! In demselben Maße, in dem die beiden Hauptquellen, aus denen Rom seine Sklaven bezog, der Krieg und der Sklavenhandel, sich aus der Nähe von Italien entfernten und nach Asien, Afrika u. s. w. wandten,[246]) wurde der natürliche Abstand zwischen Herrn und Sklaven ein immer größerer. Es war nicht eine bloße Verschiedenheit der Sprache, Religion, Sitte u. s. w., die beide trennte, sondern sehr häufig[247]) die viel weitere Kluft zwischen Bildung und Rohheit, zwischen Civilisation und Barbarei, eine Kluft, die nicht bloß die Annäherung zwischen Herrn und Sklaven in hohem Grade erschweren, sondern mit psychologischer Nothwendigkeit die im Charakter des Herrn etwa vorhandene Härte, Schroffheit, Willkühr u. s. w. wecken und herausfordern mußte. Die Herrschaft über Völker wie Indivi-

246) Gallus von Becker. Aufl. 2. von Rein. B. 2, S. 87 fl. (Abh. von Rein).

247) Bei den griechischen Sklaven stellte sich das Verhältniß bekanntlich oft gerade umgekehrt, aber der natürliche Einfluß der Bildung verläugnete sich auch bei ihnen nicht. Zwischen einem feingebildeten griechischen Sklaven, der dem Herrn als Vorleser, Sekretär, Erzieher seiner Kinder u. s. w. diente, und einem rohen Barbaren, der nur zu knechtischen Dienstleistungen verwandt werden konnte, war zwar im Recht kein Unterschied vorhanden, aber hinsichtlich ihrer factischen Stellung ein ungeheurer.

duen wird überall einen verschiedenen Charakter an sich tragen, je nachdem die Beherrschten aus demselben oder aus einem andern Stoffe sind, als der Herrscher. Der amerikanische Sklave würde ein ganz anderes Loos haben, wenn er dieselbe Farbe trüge, wie sein Gebieter!

Ein zweites unendlich wichtiges Moment war der Umstand, daß Kriegsgefangenschaft ursprünglich und lange Zeit die hauptsächlichste Quelle der Sklaverei war. Von welchem Einfluß dieser Umstand sein mußte, liegt auf der Hand. Einmal nämlich galt hinsichtlich der Kriegsgefangenschaft völkerrechtlich der Grundsatz der Reciprocität; die Römer erkannten den Satz, daß Kriegsgefangenschaft Sclaverei begründe, auch gegen sich an. Ein Loos aber, das bei den Wechselfällen des Krieges auch den vornehmsten Römer jeden Augenblick treffen konnte, ein Verhältniß, in das Tausende von Römern gerathen waren und immer wieder geriethen, mußte von vornherein schon mit ganz andern Augen betrachtet werden, als das Verhältniß eines heutigen Negersklaven, in dem ja die in Amerika herrschende Ansicht nichts als den Zustand einer niedrigeren, zum Dienen bestimmten Menschenklasse erblickt. Der Gesichtspunkt einer Waare, eines Handelsobjects mochte juristisch noch so sehr begründet sein, factisch oder sittlich war er unmöglich durchzuführen. Factisch konnte ein Römer den kriegsgefangenen Feind, der in seiner Heimath vielleicht eine hervorragende Stellung eingenommen, der ihm noch vor kurzem auf dem Schlachtfelde als freier Mann und würdiger Gegner gegenüber gestanden, der möglicherweise in nächster Zeit schon durch seine Verwandten eingelöst ward, um zu dem Genuß aller seiner Rechte, Würden u. s. w. zurückzukehren — factisch konnte ein Römer einen Solchen nicht mit der Rücksichtslosigkeit behandeln, nicht mit der Verachtung auf ihn herabsehen, welche die Sklaverei der spätern römischen Zeit und vor allem die der Gegenwart charakterisirt.[248]) Es kommt hinzu, daß hinsichtlich der

248) Bezeichnend für die sociale Stellung der Sklaven in alter Zeit ist,

factischen Behandlung des kriegsgefangenen Sklaven unter den in Krieg verflochtenen Völkern ohne Zweifel eine Reciprocität Statt fand, daß also die Römer darauf gefaßt sein mußten sich selbst als Kriegsgefangene mit derselben Strenge und Grausamkeit behandelt zu sehen, die sie gegen die gefangenen Feinde übten. [248a]) So begreift es sich, daß der römische Senat aus Gründen der Politik (aus Gründen der Menschlichkeit that es der Censor) Veranlassung nehmen konnte, sich des Looses der Sklaven anzunehmen. [249]) Die Unmenschlichkeit eines einzelnen Römers gegen seinen Sklaven konnte allen in feindlicher Gewalt befindlichen Römern die bittersten Früchte tragen, ja Ursache werden, daß die factische Gestaltung der Sklaverei bei allen benachbarten Völkern einen schrofferen Charakter annahm.

Ein drittes einflußreiches Moment war für die alte Zeit die geringe Zahl der Sklaven. [250]) Der Herr kannte jeden einzelnen derselben, was in späterer Zeit oft absolut unmöglich war, er war mit seinen Schicksalen und seinen persönlichen Zuständen vertraut, und leicht stellte sich ein Interesse für den Sklaven, wohl gar ein genaueres Verhältniß zwischen beiden ein. Als mit dem Ende der Republik und in der Kaiserzeit die Zahl der in dem Besitz eines Einzelnen befindlichen Sklaven ins Ungeheure wuchs, [251]) mußte dies nothwendig einen ganz andern Ton in das

daß Serv. Tullius nach der Sage das Kind einer Sklavin gewesen sein soll, ebenso daß das ältere Recht die Adoption eines Sklaven kannte.

248a) Plautus Capt. 2, 2, 61 seq:

Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus,
Tam ille apud nos servit, quam ego nunc hic apud te servio.
Est profecto Deus, qui quae nos gerimus auditque et videt,
Is uti tu me hic habueris proinde illum illic curaverit.

Macrob. Sat. 1, 11: tam tu illum videre liberum potes, quam ille te servum.

249) Dionys. 7, 73. Plutarch. Coriolan. 25.

250, S. die Belege bei Becker Gallus Aufl. 2. B. 2, S. 91. (Abh. von Rein.)

251) Plinius Hist. nat. 33, 10 berichtet von einem Römer zur Zeit des Augusts, der, obgleich er in den Bürgerkriegen viel verloren, doch über

Verhältniß bringen. Der mildernde Einfluß der persönlichen Beziehungen fiel hinweg oder kam wenigstens nur der verhältnißmäßig kleinen Zahl derjenigen zu gute, welche die Aufmerksamkeit des Gebieters erregt hatten oder durch ihren Dienst in seine Nähe gebracht wurden; die übrigen standen ihm so zu sagen als fungible, abstracte Wesen, als Sklaven schlechthin, fremd und fern gegenüber.

Wichtiger noch als dieses Moment ist ein anderes, auf das auch die Römer selbst[252]) für die alte Zeit ein entscheidendes Gewicht legen, nämlich die Gemeinsamkeit der Arbeit und des häuslichen Lebens. Der Sklave der spätern Zeit war ein Diener, der der alten ein Gehülfe des Herrn. Darin liegt außerordentlich viel. So lange noch der Römer gemeinschaftlich mit seinen Sklaven und Kindern das Feld bestellte, war der äußere Abstand zwischen ihnen allen kein so hoher. Jeder Tag führte sie zusammen, die gemeinsame Arbeit näherte sie einander und brachte sie in ein vertrauteres und trauliches Verhältniß. Die eigene Anstrengung lehrte den Herrn, dem Sklaven nichts unmögliches zuzumuthen sowie die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit des Sklaven zu würdigen und anzuerkennen. Eingeweiht in das Innerste des Familienlebens, gegenwärtig selbst beim Hausgottesdienst, die Leiden und Freuden der Familie theilend, den Kindern von früh auf nahe und für ihr ganzes Leben ein Gegenstand der Anhänglichkeit, war der Sklave in der That ein Glied der Familie und ward auch als solches angesehen und behandelt.[253]) Daß die herrschaft-

4100 Sklaven hinterließ. Aehnliche Zahlen kommen öfter vor. Becker a. a. O. S. 92, 93.

252) Plutarch. Coriolan. c. 24.

253) Bei Beginn des Jahres wurden sie von der Hausfrau, an den Saturnalien von dem Herrn bei Tische bedient. Macrob. Sat. I. 12. Sie aßen mit der Familie an demselben Tisch. Becker a. a. O. S. 117. Andere Züge hat Roßbach in dem genannten Werke S. 24 fl. gesammelt, bei dem sich überhaupt eine richtige Anschauung des Verhältnisses findet, was man von Becker nicht rühmen kann. Roßbach hat namentlich auch die religiöse Beziehung des Sklaven zum römischen Hause hervorgehoben (z. B. der

liche Gewalt aber bei dieser Gestaltung des Verhältnisses nicht das Gehässige[254]) haben konnte, das wir heutzutage in völlig unhistorischer Weise in sie hineintragen, bedarf kaum der Erwähnung.

Wenn dies nun, wie historisch unzweifelhaft, das wahre Verhältniß der Sache ist, so können wir uns selbst sagen, unter welchem Gesichtspunkt die öffentliche Meinung eine grausame, unmenschliche Behandlung des Sklaven auffassen mußte, nämlich nicht als einen gleichgültigen Akt und als bloßen Gebrauch der herrschaftlichen Gewalt, sondern als einen im sittlichen und öffentlichen Interesse höchst verwerflichen Mißbrauch derselben. Den schlagendsten Beweis dafür liefert auch hier wieder der Censor, der die Herren in einem solchen Fall zur Verantwortung zog.[255]) Kurz eine Menge Einflüsse, Rücksichten, Umstände waren thätig, um die in Thesi unbeschränkte Gewalt in Wirklichkeit auf ein ganz verständiges Maß zurückzuführen. Wie manches, was der Herr gern hätte thun mögen und rechtlich hätte thun dürfen, mochte er in alter Zeit unterlassen aus Scheu vor der öffentlichen Meinung, oder selbst aus Scham vor dem Sklaven. Die Sitte hatte einmal gewisse Normen aufgestellt, von denen der Einzelne,

---

Sklave konnte Opfer verrichten, nahm die Lustration des Ackers vor, die villica richtete an gewissen Tagen ein Gebet an die Laren, die Diana war die Schutzgöttin der Sklaven, die Grabstätte der Sklaven — nicht selten mit kunstvollen Monumenten geschmückt; Inschriften bei Orelli Corp. Inscr. I. c. 9 — war locus religiosus, während es die des Feindes nicht war. R. Elvers de reb. relig. Gött. 1851. l. 2 pr. de relig. (11. 7) Varro de L. L. 6, 24, das Sklavenkind galt nicht als fructus d. h. der bonae fidei possessor sowohl als der Usufructuar mußten es, damit es nicht von der Mutter getrennt werde, mit letzterer restituiren l. 10 §. 2 de J. D. (23. 3) l. 17 §. 1 de R. V. (6. 1) u. a.

254) Macrob. Saturn. 1, 11. Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes, dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt. Die heimgekehrten Sklaven unterhalten mit ihren ehemaligen Herren auch für die Folgezeit ein freundschaftliches Verhältniß. Liv. 2, 22.

255) Dionys. 20. 3.

ohne sich dem öffentlichen Gerede auszusetzen, nicht abgehen konnte, so z. B. hinsichtlich der Beköstigung,[256] und der Bekleidung der Sklaven.[257] Die scriptores rei rusticae enthalten über die Behandlung und das Loos der zum Landbau verwandten Sklaven manche bemerkenswerthe Notizen. Ueberall wird die gerechte, anständige und rücksichtsvolle Behandlung derselben eingeschärft,[258] namentlich auch dem abwesenden Herrn zur Pflicht gemacht, die Vorgesetzten der Sklaven streng zu controliren und den Sklaven häufig Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerden vorzubringen. Selbst an einer gewissen persönlichen Unabhängigkeit und Behaglichkeit fehlte es in manchen Stellungen wenigstens dem Sklaven nicht. So warnte Cato,[259] die Frau des Aufsehers (villica) solle nicht zu großen Luxus, nicht zu lebendigen Verkehr mit den Nachbarinnen treiben, nicht auswärts zu Tisch gehen.

Besondere Hervorhebung verdient das Peculium. Es lag ganz im Geiste der römischen Sparsamkeit und Erwerbsucht, daß man diese Eigenschaften ebenfalls bei Sklaven zu wecken suchte. Dies war aber nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Sklave die Aussicht hatte, das erworbene Vermögen zu behalten. Sicherlich galt es in Rom als ehrenrührig, dem Sklaven das

---

256) z. B. Cato de re rustica c. 57 über die Weinration. Val. Max. 4. 3. 7 (von seiner Zeit): a servis vix impetrari potest, ne eam supellectilem fastidiant, qua tunc consul uti non erubuit. Die Rationen waren so zugemessen, daß ein Sklave durch Verkauf des Ueberschusses sich etwas erübrigen konnte.

257) z. B. l. 15 §. 2 de usufr. (7. 1) sufficienter autem alere et vestire debet (usufructuarius) secundum ordinem et dignitatem mancipiorum.

258) Varro 1, 17. Colum. 1, 8. Der Herr solle sie zutraulich behandeln, mit ihnen scherzen, sie um Rath fragen, den Verwalter an Festtagen zur Tafel ziehen u. s. w. An Festtagen soll auch der Sklave von der Arbeit ruhen, Lic. de leg. 2, 12. Er soll ganz wie ein gemietheter Tagelöhner (mercenarius) gehalten werden. Cic. de off. 1, 13.

259) c. 143.

Peculium ohne die dringendsten Gründe zu entziehen.[260]) Den Grund zu demselben legte entweder der Herr durch ein Geschenk oder einen Vorschuß,[261]) oder die häusliche Ersparniß des Sklaven an Speise und Trank[261a]) oder die selbst bei Sklaven faktisch mögliche und vorkommende Dos seiner Frau;[261b]) der Betriebsamkeit und fortgesetzten Sparsamkeit desselben blieb es überlassen, es zu vermehren. Sorglosigkeit in dieser Beziehung galt als ein schlechtes Zeichen.[262]) Wenn es dem Sklaven mit seinem Erwerb glückte, so bot ihm das Peculium theils Gelegenheit sich loszukaufen[263]) (häufig mochte der Herr ihm schon im voraus die Summe bezeichnet haben), theils sich seine Lage behaglicher zu machen z. B. durch Ankauf eines vicarius, der zu ihm im Verhältniß des Dieners zum Herrn stand.[264]) Es kam auch vor, daß der Herr den Sklaven gegen einen bestimmten Zins oder einen Antheil am Verdienst ganz sich selbst überließ.[265]) Besondere Concessionen von Seiten des Herrn wurden auch wohl eigens erkauft; so ließ Cato sich z. B. den Heirathsconsens bezahlen.

---

260) So erklärt es sich, daß es ihm auch beim Verkauf gelassen zu werden pflegte, Varro 2. c. 10 peculium solet accedere, und selbst bei Freilassungen war dies so gewöhnlich, daß dafür eine rechtliche Vermuthung aufgestellt ward. Vat. fragm. §. 261.

261) Für die familia rustica räth Varro 1. 17 dem Herrn an dem Sklaven zu verstatten, ein Stück Vieh mit auf die Weide zu treiben. —

261a) Seneca epist. 80: peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant Terent. Phormio 1, 1, 9—12, l. 39 de pec. (15. 1).

261b) L. 29 pr. de J. D. (23. 3).

262) z. B. Virgil. Ecloga 1. 33 nec spes libertatis erat nec cura peculii. Cic. in Verr. 3. 28. Plautus Casina 2, 3, 39. 40, umgekehrt ein großes Peculium als Beweis der Tüchtigkeit: Plaut. Asin. 2, 4, 91 frugi tamen sum nec potest peculium enumerari.

263) Note 261a. Daher die Verbindung der spes libertatis und des peculium, wie in der Stelle der vorigen Note und beim statuliber.

264) Hor. Sat. 2. 7, 79. Vicarius est, qui servo paret. S. Becker a. a. O. S. 94, 95. Es kommen sehr reiche Sklaven vor. Becker, S. 120.

265) z. B. l. 14 pr. de statul. (40. 7).

Aus allem diesem geht aber hervor, daß man dem Sklaven factisch eine Art vermögensrechtlicher Selbständigkeit zugestand, das Peculium im Leben als sein Vermögen respectirte. Der Sklave selbst mochte sich in dem Besitz desselben seinem Herrn gegenüber eben so sicher und berechtigt fühlen, wie die Besitzer des ager publicus oder des solum provinciale gegenüber dem Staat. Dem abstracten Recht nach stand der Provinzialgrund und Boden im Eigenthum des Staats, und die Besitzer desselben hätten weder rechtlich noch factisch die Einziehung ihres Besitzes von Seiten des Staats verhindern können; aber eine solche kam eben nicht vor, und Niemand befürchtete sie. Und so war es gewiß auch mit dem Eigenthum des Herrn am Peculium des Sklaven, wenigstens bei allen Leuten von Ehre und Rechtlichkeit. Es begriffe sich sonst ja nicht, wie ein Herr darauf hätte kommen können von seinem Sklaven zu leihen, anstatt ihm einfach das benöthigte Geld wegzunehmen.

Daß die Lage der Sklaven keine so bemitleidenswerthe war, wie man sie sich denkt,[265a]) geht schließlich noch aus dem großen Vertrauen hervor, das man ihnen erwies, indem man sie z. B. mit Geldsendungen und andern werthvollen Transporten über See und in weite Ferne schickte.[266]) Wenn das Loos der Sklaven ein so gräßliches gewesen, so hätte man das in der That doch nicht wagen können. Es geht dies ferner hervor aus den rührendsten Zügen der Anhänglichkeit, welche die Sklaven ihren Herren bewiesen und zwar in Verhältnissen bewiesen, wo effectiv

---

265a) Wie manche heutige Dienstboten würden gern ein solches Leben führen, wie Columella 1, 8 es von den Sklaven in der Stadt schildert: socors et somniculosum genus id mancipiorum, otiis campo circo theatris aleae popinae lupanaribus consuetum. Cicero ad Att. 7, 7 verschiebt seine Ankunft, um seinem Gesinde nicht zur Unzeit zu kommen.

266) L. 4 §. 1 de naut. foen. (22. 2) l. 10 qui et a quib. (40. 9). — So wird auch erklärlich, was Suet. de grammaticis c. 21 berichtet, daß der Grammatiker Cajus Melissus permansit in statu servitutis praesentemque conditionem verae origini (er war frei geboren, aber von seinen Eltern ausgesetzt worden) anteposuit.

die Macht der Herren über sie gebrochen war, sie selbst also völlig frei waren. [267])

Ein anderer Punkt, der den Geist, in dem die Sklaverei bei den Römern gehandhabt wurde, charakterisirt, ist die Häufigkeit der Freilassungen. Für die folgende Periode ist das Material für diese Frage sehr reichhaltig, für die gegenwärtige dürftig. Es war in späterer Zeit herkömmlich, unter gewissen Voraussetzungen dem Sklaven die Freiheit zu schenken, [268]) ja es galt als Ehrenpunkt, recht viel Freigelassene zu haben; die Geneigtheit zur Freilassung artete in eine wahre Sucht aus, der die Gesetzgebung genöthigt war Einhalt zu thun. Welch bedeutenden Bruchtheil der römischen Bevölkerung in späterer Zeit die Freigelassenen bildeten, geht aus manchen Zügen hervor. Ich will einen namhaft machen. Unter den 21 Grammatikern, die Sueton in seiner Schrift de grammaticis (c. 3—24) aufführt, befinden sich nicht weniger als 13, bei denen er ausdrücklich erwähnt, daß sie Freigelassene gewesen seien. Er berichtet ebendaselbst (c. 3) von Einem derselben, der für die unglaubliche Summe von 700000 Sestertien (über 40000 Thlr.) gekauft und gleich darauf von seinem Herrn freigelassen wurde. Daß aber schon in alter Zeit die Zahl der Freilassungen eine nicht unbedeutende gewesen sein muß, ergibt sich daraus, daß die vicesima manumissionum, die im Jahre der Stadt 398 eingeführt wurde, schon sofort eine beträchtliche Einnahmsquelle des Aerars bildete. [269])

Es war uns bei der vorliegenden Darstellung nicht sowohl darum zu thun, eine bisher in der Regel falsch beurtheilte Seite

---

267) z. B. zur Zeit der Bürgerkriege die Sklaven der Proscribirten. Val. Max. 8, 8 de fide servorum. Macrob. Sat. 1, 11.

268) Siehe z. B. was Columella 1, 8 von sich berichtet.

269) In dieser Voraussetzung ward sie eingeführt, Liv. VII. 16: Patres, quia ea lege haud parvum vectigal inopi aerario additum fuisset, auctores fuerunt. Dieses Geld (aurum vicesimarium) wurde im aerarium sanctius für Nothfälle aufbewahrt. Im Jahre 543 nahm man nicht weniger als 4000 Pfd. Gold daraus. Liv. XXVII. 10.

des römischen Lebens im richtigen Lichte zu zeigen, als vielmehr den wahren Sinn der herrschaftlichen Gewalt zu ermitteln, zu zeigen nämlich, daß letztere nicht den Zweck hatte, die Roheit und Willkühr des Herrn gegenüber einem wehrlosen Sklaven zu legalisiren, sondern dem Herrn im Vertrauen auf seine Gerechtigkeit und Menschlichkeit und unter der durch den Censor geübten Oberaufsicht des Staats ein auch für die exorbitantesten Fälle vollkommen ausreichendes Hausregiment über sein Gesinde zu geben. Dieser Gesichtspunkt wird uns zwar mit der Thatsache der Sklaverei nicht auszusöhnen vermögen, wohl aber bis zu einem gewissen Maße mit der gerade am meisten angefochtenen Unbeschränktheit jener Gewalt im ältern Recht.

2. Die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt war ihrem Gehalt und Zuschnitt nach Jahrhunderte hindurch der herrschaftlichen nahezu gleich,[271]) ohne daß dadurch der in Bezug auf ihre absolute Rechtsstellung stattfindende Unterschied zwischen Kindern und Sklaven[272]) im Mindesten berührt worden wäre. Ihr relatives Verhältniß zum Innehaber der Gewalt war im Wesentlichen dasselbe.

Auch die Kinder also konnten nichts Eigenes haben,[273]) auch sie waren dem jus necis ac vitae des Vaters unterworfen, auch

271) Die patr. pot. betrachteten die Römer der spätern Zeit als etwas ganz besonderes, was sich nur bei ihnen finde (Gaj. I. 55), während dasselbe Maß der Gewalt gegenüber den Sklaven ihnen als etwas ganz reguläres, überall vorkommendes erschien (Gaj. I. 52) und umgekehrt die spätere Beschränkung desselben als etwas eigenthümliches (Gaj. I. 53).

272) Der der Freiheit und Unfreiheit. Daher für die Kinder im Gegensatz zu den Sklaven der Name: liberi, Freie. Der Unterschied äußerte sich bei Lebzeiten des Herrn nur in staatsrechtlicher Beziehung, erst mit dem Tode desselben auch in privatrechtlicher. Denn die Sklaven blieben, was sie waren, die Kinder hingegen wurden sui juris und setzten als solche, wenn der Vater sie nicht enterbt hatte, die familia fort, der sie bisher nur passiv angehört hatten.

273) Nicht bloß kein Vermögen, sondern auch keine Gewalt über Personen. Hinsichtlich der patr. pot. ist dies zweifellos, hinsichtlich der manus be-

sie konnte er verkaufen, freilassen oder lebenslänglich in der Gewalt zurückbehalten, sie verheirathen und die Ehe wieder trennen u. s. w. Für das ältere Recht läßt sich meines Wissens nur eine einzige wirklich nennenswerthe Differenz zwischen der herrschaftlichen und väterlichen Gewalt nachweisen. Hinsichtlich der Veräußerung der Sklaven ist der Hausherr unbeschränkt, hinsichtlich der des Sohnes nicht; wenn er denselben drei Mal veräußert hat, so soll derselbe einer Bestimmung der XII Tafeln zufolge für immer frei sein (si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.[273a]) Wie war aber ein dreimaliger Verkauf denkbar? war der Sohn nicht bereits mit dem einmaligen definitiv von der

---

stritten, aber gewiß mit Unrecht. Denn wenn von einer manus des Sohnes über seine Frau die Rede ist, z. B. bei Gaj. 2, 148. 3, 3. Ulp. fragm. 22, 14, so ist dies nicht anders zu verstehen, als: „wenn unser Sohn, den wir in der Gewalt haben, eine Ehe mit manus eingegangen ist," ohne daß aber er selbst damit als Innehaber der manus bezeichnet werden sollte. Die Hauptwirkung der manus, nämlich die vermögensrechtliche, war ja in seiner Person völlig undenkbar. S. Gellius 1, 8. 6: quae in mariti manu mancipioque aut in ejus, in cujus maritus manu mancipioque esset. — Die hier geäußerte Ansicht ist von Walter Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3. II. § 504 befremdlich gefunden. Zu ihrer Rechtfertigung wird Folgendes genügen. Wer selber in einer Gewalt ist, kann keinen andern in seiner Gewalt haben; dieser Satz folgt nicht bloß aus der Natur der hausherrlichen Gewalt, sondern ist in l. 21 ad l. Jul. de adult. (48. 5) ausdrücklich ausgesprochen. Hatte also der selber in der Gewalt befindliche Ehemann das jus necis ac vitae über die Frau? Nein, arg. l. 21 cit. Hatte er ihr Vermögen? Nein. Konnte er die manus vor Gericht vindiciren? Nein. Was hatte er denn? Nichts! Wenn man dieses Nichts mit dem Namen manus benennen will, so habe ich nichts dagegen. Betrachten wir jetzt das Verhältniß der Frau zum Schwiegervater. Daß ihre Dos in sein Vermögen fiel, ist bekannt; daß ihr gesammter Erwerb ebenfalls ihm zufiel, wird Niemand bezweifeln, schwerlich auch, daß ihm die Hausgerichtsbarkeit über sie zustand. Nach dem Tode des Sohnes mußte, wenn sie nicht bisher schon in der Gewalt des Schwiegervaters gewesen, ihr Verhältniß zu letzterem aufhören. War dies der Fall? Nein! Sie beerbte ihn sogar mit; Gaj. 2, 159, s. auch Gaj. 3, 41. und er konnte ihr einen Vormund im Testament ernennen. Gaj. 1, 148.

273a) Nach Dion. 2, 27. Plut. Num. 17 hätte der verheirathete Sohn schon in ältester Zeit überhaupt nicht verkauft werden dürfen.

Gewalt gelöst? Die Sache ist die, daß das in dieser Weise (nicht also durch noxae datio) oder bloß Scheines halber begründete Mancipium am Sohn mit jedem Lustrum (dem Abschluß der Censusperiode) aufhörte.[274]) Wenn aber der Vater nur für ein Lustrum verkaufen konnte, so ließ sich der Verkauf nicht als eine definitive Entäußerung der väterlichen Gewalt betrachten, sondern nur als eine zeitweise Suspendirung derselben, ein Vermiethen des Kindes, es wachte mithin mit dem Wegfallen des Mancipiums die väterliche Gewalt wieder auf. Die wohlthätige Intention jener liberirenden Wirkung des Census ließ sich aber durch stets wiederholten Verkauf gänzlich vereiteln; verhindert, das Kind mit Einem Male auf Lebenszeit zu verkaufen, veräußerte der Vater es mit jedem Lustrum von neuem. Hier griffen die XII Tafeln in das Recht des Vaters ein, indem sie es auf dreimalige Ausübung beschränkten. Da sie nur des Sohnes Erwähnung gethan hatten, so wandte die Interpretation die Bestimmung auf Töchter und Enkel nicht an, legte vielmehr hinsichtlich ihrer schon dem einmaligen Verkauf dieselbe Wirkung bei.

Dieser Eingriff des Gesetzes in die patr. pot. hat etwas Lehrreiches. Es muß nämlich auffallen, daß das Gesetz den Sohn gegen ein verhältnißmäßig geringes Uebel sicher stellte, ihn aber gegen weit größere Gefahren z. B. gegen eine ungerechtfertigte Anwendung des jus necis ac vitae völlig schutzlos ließ. Wenn

---

274) Gaj. 1, 140. Eine ähnliche Bestimmung enthielt das mosaische Recht: Der Hebräer, der sich als Knecht verkauft hat, — abgesehen von der befreienden Wirkung des Jobeljahres, die sich auch an ihm vollzog, Moses 3, 25, 39 fl. — soll mit dem siebenten Jahre frei werden. Moses 5, 15, 12 fl. Schnell Israel. Recht. S. 29, 30. Im angelsächsischen Recht war durch den Einfluß der Kirche das Verkaufsrecht beschränkt worden. — Die Deutung im Text hat Widerspruch gefunden bei Walter Röm. R. G. II. §. 508 Note 58. Er nimmt an, daß Gajus am Anfang des §. 140 den bloß dicis causa Mancipirten im Auge habe, während ich denselben in den Worten: excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur erblicke. Was soll sonst mit letzterm gemeint sein, und was sollte für die ernstlich Mancipirten gelten?

dasselbe in dem dreimaligen Verkauf des Sohnes einen Mißbrauch der väterlichen Gewalt erblickte, den es durch Entziehung des weiteren Verkaufsrechts zu strafen für nöthig hielt, warum setzte es nicht auf den anderweitigen Mißbrauch der Gewalt ebenfalls eine Strafe? Offenbar, weil es ihn nicht befürchtete.

Die Römer scheinen eine Lösung des Bandes zwischen Vater und Sohn, sei es durch Verkauf, durch Freilassung oder durch Uebertragung der patr. pot. auf einen Andern (in adoptionem datio) nicht mit günstigen Augen angesehen zu haben. Nach der Form dieser beiden letzten Rechtsgeschäfte zu schließen haben sich dieselben erst nach den XII Tafeln gebildet,[275] und wenn man bedenkt, daß sie gegenüber der Bedeutung und Auffassung der Familie in alter Zeit etwas Unnatürliches enthalten, läßt sich dies auch wohl begreifen.

Der Zustand, in den das Mancipium den Sohn brachte, hatte nach Aussage der Römer eine gewisse Aehnlichkeit mit der Sklaverei, allein mehr factisch als rechtlich. Denn in rechtlicher Beziehung bestanden sehr wesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen, namentlich die Verantwortlichkeit des Mancipatars[276] und die Unübertragbarkeit des Mancipiums.[277]

---

275) Wenn man jene Rechtsgeschäfte schon in früherer Zeit kannte und also auch eine Form dafür besaß, wie konnte man auf den künstlichen, durch Worte der XII Tafeln, die hierauf gar keinen Bezug hatten, veranlaßten Umweg (Gaj. 1, 132) verfallen?

276) Geltend gemacht durch die injuriarum actio Gaj. 1, 141. Wann und von wem sie angestellt werden konnte, wird hier nicht gesagt; daß der Sohn selbst nicht klagen konnte, so lange er nicht sui juris geworden, läßt sich wohl als unzweifelhaft betrachten, bis dahin blieb also nur der Mancipant als denkbares Subject der Klage übrig. Böcking, Institut. §. 47.

277) Als Mancipanten werden bei Gajus überall nur die parentes und coemptionatores genannt; der Mancipatar konnte, wie es scheint, das Kind nur dem Vater selber zurück mancipiren, Gaj. 1, 115. 134. 140. Es erklärt sich diese Eigenthümlichkeit sehr wohl, wenn man bedenkt, von welcher Wichtigkeit für Vater und Sohn die Person des Mancipatars war. Mit der Veränderung der Person hätte das Verhältniß seinen Charakter verändert, das Vertrauen, das man zu dieser Person hegte, hatte man nicht zu jeder an-

3. Die eheherrliche Gewalt.

Es gab bekanntlich zwei Arten der Ehe, die Ehe mit manus und ohne manus. Die Stellung der Frau in einer Manusehe unterschied sich in vermögensrechtlicher Beziehung in nichts von der der Sklaven und Hauskinder,[278]) es bedarf also nur die persönliche Seite des Verhältnisses einer Berücksichtigung.

Daß die manus auch in dieser Beziehung im wesentlichen der patr. pot. gleich gewesen, wird von Manchen bezweifelt. So meint man namentlich, daß die Ausübung des jus necis ac vitae hier nicht bloß der Sitte, sondern dem Recht nach an die Zuziehung des Verwandtengerichts geknüpft gewesen sei. Ich halte dies für unrichtig und werde diesen Punkt später bei Gelegenheit des mildernden Einflusses der Sitte behandeln. Hinsichtlich der Dauer dieses Gewaltverhältnisses verläugnet sich die Consequenz der hausherrlichen Gewalt auch darin nicht, daß nur der Mann, nicht aber die Frau die Manus aufheben konnte. Möglich, daß die Scheidung bei einer confarreirten Ehe[279]) ursprünglich mit Schwierigkeiten verbunden war; für die gegenwärtige

---

dern u. s. w. Der juristischen Construction nach lag hier ein Analogon der tutela cessitia (Ulp. fragm. 9, 7) vor, für die v. Scheurl Beitr. B. 2. Abh. 1 ganz zutreffend den Gesichtspunkt einer rein persönlichen Substitution aufgestellt hat. Hinsichtlich der Unübertragbarkeit ist die Gleichheit beider Verhältnisse unläugbar, ebenso bewährt sie sich daran, daß wenn das Recht des Mancipatars mit Ablauf des Lustrums erlosch, das des Cedenten, wie bei der tutela cessitia, wieder aufwachte. Wie weit sie im übrigen ging, darüber lassen sich nur Vermuthungen äußern.

278) Daß die Frau kein Peculium hätte haben können, ist eine alles Grundes entbehrende Idee. Plaut. Cas. II. 2, 26: nam peculii probam nihil habere addecet clam virum (also mit Einwilligung des Mannes wohl), daß es aber bei ihr unendlich viel seltener vorkommen mußte als bei Haussöhnen und Sklaven, lehrt ein Blick auf das Verhältniß.

279) Bekanntlich eine sehr bestrittene Frage. K. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 63 fl. Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 133 fl. u. 475 fl. Zimmern Rechtsgesch. B. 2, S. 561.

Periode läßt sich das unbeschränkte Scheidungsrecht des Mannes auch für die confarreirte Ehe nicht bezweifeln.

Nur hinsichtlich Eines Punktes sind Zweifel möglich, die ich nicht zu entscheiden wage, nämlich darüber, ob der Mann die Frau sei es zum Zweck des Verkaufs oder der noxae datio habe ins Mancipium geben können. Daß die Sitte dies als einen schmählichen Frevel gegen die Heiligkeit der Ehe verpönt haben mag, läßt sich begreifen, und das angebliche Verbot des Romulus[280]) hat wohl keinen andern Sinn. Davon ist aber die Frage von der rechtlichen Statthaftigkeit jener Maßregel wohl zu unterscheiden. Für die Annahme derselben spricht der Umstand, daß der Scheinverkauf der Frau in späterer Zeit auf die Möglichkeit eines ernstlichen Verkaufs in früherer Zeit hinweist; aber ob sich der ernstliche Verkauf noch bis in die historische Zeit erhalten, darüber wage ich keine Vermuthung auszusprechen.

Bis hieher hat sich uns also bei den einzelnen Gewaltverhältnissen noch nichts dargeboten, was als eine wesentliche Abweichung von dem Grundtypus der hausherrlichen Gewalt gelten könnte. So lange letztere dauerte, waren Frau, Kinder, Sklaven ihr im wesentlichen in gleicher Weise unterworfen. Nur bei dem bürgerlichen oder natürlichen Tode des Hausherrn ging das privatrechtliche Schicksal dieser Personen weit auseinander. Die Sklaven und die in mancipio Befindlichen blieben, was sie waren, passive Bestandtheile der familia, und wechselten nur ihren Herrn, die Enkel und Enkelinnen fielen unter die potestas ihrer Väter, die übrigen Personen wurden sui juris. Aber mit Unterschied; denn die unmündigen Kinder und die Frau kamen unter die Tutel der nächsten Agnaten, also der mündigen Brüder und Söhne, die mündigen Söhne aber wurden völlig selbständig. Uns interessirt an dieser Auflösung der familia nur der Einfluß, den der Hausherr durch testamentarische Anordnung auf das Schick-

280) Plut. Rom. c. 22. Roßbach S. 134. Anm. 450 will die Worte gar nicht einmal von der Mancipatio, sondern von der Ehescheidung verstehen.

sal der familia nach seinem Tode ausüben konnte. Dieser Einfluß äußerte sich nach drei Richtungen hin, erstens nämlich in der unbeschränktesten Disposition über das Vermögen, zweitens in der Freilassung der Sklaven und in mancipio befindlichen Personen und drittens in der Ernennung von Tutoren für die Frau, Töchter und die unmündigen Söhne. Den mündigen Söhnen hingegen konnte der Vater ihre persönliche Selbständigkeit durch keine Anordnung verkümmern; hinsichtlich der freien Personen läßt sich also die tutela testamentaria als der letzte Ausläufer der hausherrlichen Gewalt bezeichnen.

Die Ehe ohne manus fällt zwar nicht unter unsern Gesichtspunkt der hausherrlichen Gewalt im juristischen Sinn, allein als ein Verhältniß des römischen Hauses beansprucht auch sie unsere Aufmerksamkeit.

Die Manus-Ehe hatte für den Fall, daß ein Frauenzimmer, das sui juris war, heirathen wollte, ihre Anstände; nicht sowohl der Frau, als ihrer gesetzlichen Tutoren wegen. Denn die capitis deminutio, welche die Frau durch Eintritt in die manus erlitt, hatte die Wirkung, daß die Tutel erlosch und das Vermögen der Frau, welches nach ihrem Tode an die Tutoren gefallen wäre, und dessen Conservirung der wesentliche Zweck der Tutel war,[282]) auf den Mann überging. Für die Frau hatte diese Veränderung nichts Nachtheiliges, im Gegentheil etwas Wünschenswerthes, denn auf diesem Wege gelangte bei ihrem und ihres Mannes Tode das Vermögen an die Kinder, im andern Fall hingegen an die Tutoren als die nächsten Agnaten. Aus demselben Grunde aber waren letztere aufs höchste dabei interessirt, daß die Frau keine Manus-Ehe einging, und da es dazu ihrer Autoritas bedurfte,[283]) sie zur Ertheilung derselben aber nicht gezwungen werden konnten,[284]) so hatten sie es selbst in der Hand, jene Ehe zu verhin-

282) Gaj. 1, §. 192.

283) Cic. pro Flacco c. 34.

284) Gaj. 1, 192 berichtet, die gesetzlichen Tutoren (seiner Zeit) könnten dem selbstnützigen Zwecke der Geschlechtstutel gemäß nur ausnahmsweise zur

dern.[284a]) Bei diesem Conflict der Interessen der Agnaten und der Mündel gab es nur Ein Auskunftsmittel, die Eingehung einer Ehe ohne manus, und es ist wohl keine zu kühne Hypothese,[285]) daß diese Art der Ehe an diesem Punkt, wo sie ein völlig unabweisbares Bedürfniß war,[286]) zuerst zum Vorschein gekommen und vorzugsweise für dieses Verhältniß bestimmt gewesen sei. Was soll sonst der Grund der Ehe ohne manus gewesen sein? Wenn man von der durch gar nichts belegten Annahme,[287]) daß der Gegensatz der Ehe mit und ohne manus auf einen ethnischen Gegensatz zurückzuführen sei, abstrahirt, so verdient nur noch die Ansicht Berücksichtigung, welche die Ehe ohne manus aus dem Streben des weiblichen Geschlechts nach größerer Unabhängigkeit hervorgehen läßt. Allein die Supposition, von der man dabei ausgeht, daß nämlich die Stellung der Frau durch diese

---

Ertheilung ihrer Autoritas gezwungen werden. Ob das ältere Recht schon solche Ausnahmen gekannt habe, möchte ich sehr bezweifeln, schwerlich aber wird der Fall im Text zu den Ausnahmen gehört haben. Man vergegenwärtige sich nur die Consequenzen! Unter dieser Voraussetzung wäre nicht die Frau in der Hand der Tutoren gewesen, wie uns für die ältere Zeit bezeugt wird, sondern umgekehrt die Tutoren in der Hand der Frau. Mit der Drohung sich zu verheirathen, hätte die Frau alles von ihnen erreichen können, sie hätte es stets in ihrer Macht gehabt, den ganzen Zweck der Tutel, die Erhaltung des Vermögens in der Familie zu vereiteln.

284a) Eine Parallele aus späterer Zeit: l. 18 Cod. de nupt. (5. 4).. ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant.

285) Ich finde sie angedeutet bei Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes. Paris 1842. S. 34, auch muß sie nach einem Citat bei Roßbach S. 242 vertheidigt sein in einer Schrift, die mir unbekannt ist, nämlich Dorn-Seiffen de feminarum conditione apud Rom. p. 12. 17. Die Idee von Roßbach selbst halte ich nicht für richtig.

286) Ein anderer Fall von weit geringerem Interesse war der, wenn der Vater der Frau wahnsinnig oder in feindlicher Gefangenschaft und dadurch die Uebertragung der Manus ausgeschlossen war.

287) Gegen die sich jetzt auch Roßbach a. a. O. S. 162 u. fl. erklärt, und die er durch die gediegene Kritik, der er sie unterwirft, hoffentlich für immer beseitigt hat.

Art der Ehe eine freiere geworden sei, ist erst für die Zeit richtig, als die Geschlechtsvormundschaft ihre alte Strenge verloren hatte, d. h. erst für das folgende System.[288]) Für die frühere Zeit aber beruht diese Ansicht auf einem Irrthum. Die Frau war bei der Ehe ohne manus ebenso unselbständig, wie bei der mit manus; nur daß sie dort in vermögensrechtlicher Beziehung nicht von ihrem Manne, sondern von andern Personen (dem Vater oder den Tutoren) abhing. In beiden Fällen richtete sich das Maß der factischen Selbständigkeit, die sie genoß, ganz nach dem Einfluß, den sie sich über ihre Machthaber zu verschaffen wußte; ob aber habgierige Agnaten einem solchen Einfluß zugänglicher waren als der Mann, und ob also die Frau, wenn sie die Wahl gehabt hätte, von den Tutoren oder von ihrem Manne abhängig zu sein, sich leicht für jene entschieden haben wird, möge jeder sich selbst beantworten.

Wollen wir die Stellung der Frau bei der Ehe ohne manus etwas näher ins Auge fassen, so müssen wir unterscheiden, ob die Frau in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stand. Im ersten Fall war ihre rechtliche Stellung ganz die der Haustochter, die väterliche Gewalt erlitt durch die Ehe keine Modification und bei einem Conflict zwischen dem Recht des Vaters und des Mannes ging ersteres vor, so daß also der Vater z. B. die Ehe wider den Willen beider Gatten trennen konnte.[289]) Aus den Quellen läßt sich die Frage nicht mit Sicherheit beantworten, wie es sich hier mit dem jus necis ac vitae über die Frau verhalten

---

288) Cicero pro Murena c. 12. Später handelte es sich nicht mehr um vermögensrechtliche Abhängigkeit vom Manne oder vom Tutor, sondern um eine wirkliche Abhängigkeit von jenem oder eine scheinbare von diesem, und bei dieser Alternative begreift es sich, daß die Frauen bei dem Geist der spätern Zeit sich für letztere d. h. für die Ehe ohne manus entschieden.

289) Bei den Komikern wird oft darauf Bezug genommen, s. Roßbach a. a. O. S. 43, im spätern Recht ward diese Ausübung der patr. pot. bei einem bene concordans matrimonium verboten. Paul. S. Rec. V. 6 §. 15 L. 1 §. 5, l. 2 de lib. exh. (43. 20).

habe, ob Vater und Mann concurrirten, oder ob Einer von ihnen es allein hatte. Die Consequenz spricht dafür, daß auch hier das Recht des Mannes der patr. pot. nachstand.

Es ergibt sich schon aus jenem zweifellosen Recht des Vaters, wie höchst unangemessen das Verhältniß war, wie sehr dasselbe daher der alten Zeit mit ihren Vorstellungen vom Hausregiment widerstreben mußte. Eine fremde Gewalt reichte hier in das römische Haus hinein, durchkreuzte die Herrschaft des Ehemanns und stellte den Bestand der Ehe jeden Augenblick in Frage. Und wozu diese Abnormität? Ein vermögensrechtliches Interesse des Vaters der Frau ist kaum abzusehen, denn mochte immerhin alles was sie als filia familias erwarb, ihm zufallen, so frage man doch, was konnte dies viel sein, da Schenkungen unter Ehegatten nichtig, Erwerb von dritten Personen mindestens eine Seltenheit sein mußte.[290]) Ein Interesse des Vaters anderer Art läßt sich denken z. B. weil er einem Mann, den er nicht näher kannte, die volle und unwiderrufliche Gewalt über die Tochter nicht anvertrauen, vielmehr mit der Ehe ohne manus erst einen Versuch machen wollte, um, wenn derselbe gelang, nachträglich auch die manus zu übertragen oder durch usus eines Jahres übergehen zu lassen. Jedenfalls aber dürfen wir uns die Ehe ohne manus bei einer Haustochter abgesehen von einem solchen Zwischenzustand in alter Zeit nicht als etwas Häufiges vorstellen.

Ganz anders machte sich die Sache in dem zweiten Fall, wenn nämlich das Frauenzimmer sui juris war. Einmal nämlich war hier nicht bloß ein ungleich gewichtigerer Grund für die Ehe ohne manus vorhanden, sondern andererseits fiel der hauptsächlichste Gegengrund hinweg. Denn da die Tutoren nur das Vermögen

290) Ab intestato konnte die filia familias, so lange der Vater lebte, nichts erben, testamentarische Zuwendungen von dritten Personen kamen gewiß kaum vor (sie waren ja im Grunde nur Zuwendungen an den Vater selbst), also blieb nicht viel übrig als die beiden Erwerbsquellen, welche Plautus Casina III. 2. 28 nennt . . quin viro subtrahat aut stupro invenerit. Hierauf fußte auch die praesumtio Muciana.

der Frau zu bewachen hatten, die Frau ihnen aber in persönlicher Beziehung gar nicht untergeordnet war,[291] so fand ein Eingreifen einer fremden Gewalt in das römische Haus, wie es soeben hinsichtlich der patria potestas bemerkt wurde, hier gar nicht Statt. Mann übte abgesehen von der vermögensrechtlichen Seite die Herrschaft über seine Frau wahrscheinlich ebenso aus, wie bei einer Frau in manu,[292] und eine rechtlich begründete Einsprache ihrer Verwandten hatte er in dieser Beziehung nicht zu besorgen. So erklärt es sich, daß man vom Standpunkt des spätern Rechts aus die manus als rein vermögensrechtliches Institut betrachten konnte und unabhängig von der Ehe zur Anwendung brachte,[293] so ferner, daß man bei der Ehe mit manus den Grund des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Frau nicht sowohl in der manus als in der Ehe fand.

Die Ehe ohne manus kam demnach meiner Ansicht nach vorzugsweise in zwei Anwendungen vor, einmal nämlich als vorübergehender Zustand bei einer filia familias; das Institut des usus gab es in ihre Hand,[294] die manus mit Ablauf Eines Jahres entstehen zu lassen, die usurpatio durch trinoctium bot ihr das Mittel, es zu verhindern. Sodann als dauernder Zustand bei einer bevormundeten Person, wenn die gesetzlichen Tutoren ihre Zustimmung zur Eingehung einer Ehe mit manus

---

291) Das wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber doch aus manchen Gründen, man denke z. B. nur an den ganzen Zweck dieser Tutel, wie er uns von den Römern selbst bezeugt wird.

292) Zimmern Röm. Rechtsgesch. B. 2 §. 140.

293) Die coemptio fiduciae causa. III. 267 fl.

294) Serv. ad Virg. Georg. 1, 31: usu, si mulier anno uno cum viro licet sine legibus fuisset (d. h. wohl: ohne in altrömischer Weise, nämlich durch coemptio oder confarreatio, eine Ehe eingegangen zu haben). Einwilligung des Vaters war nicht nöthig (worauf die entgegengesetzte Behauptung von Roßbach a. a. O. S. 147 sich stützen will, vermag ich nicht einzusehen), selbst der bloße Widerspruch des Vaters schloß schwerlich den usus aus, aber die patr. pot. bot ihm freilich das Mittel, die Frau zur usurpatio zu zwingen.

verweigerten. Sie sicherten sich auf diese Weise ihre Erbansprüche auf das Vermögen ihrer Mündel, waren aber durch die Sitte[295]) verpflichtet, eine dos zu bestellen. Daß der usus ohne ihre Einwilligung nicht möglich war,[296]) verstand sich von selbst: er hätte mittelst des an ihn sich schließenden Ueberganges der Frau in das Recht des Mannes das ganze Vermögen derselben in dessen Hände gebracht.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte.

> Quanto latius officiorum, quam juris patet regula. Quam multa pietas, humanitas liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt.
>
> Seneca de ira II, 27.

XXXIIa. Das legislative Problem, welches der Gesetzgeber hinsichtlich der Familie zu lösen hat, ist kein leichtes. Das Verhältniß, das er vor sich hat, ist ein unendlich zartes, das die Blicke der Welt scheut und in stiller Abgeschiedenheit am besten gedeiht; ein Heiligthum der Liebe, das nur von letzterer die wahre Gestaltung und Weihe erhalten, durch unsanfte Berührung von Seiten des Gesetzgebers aber leicht in der empfindlichsten Weise

---

295) Ich erinnere an die bekannten Vorstellungen der Römer über undotirte Frauen, s. z. B. Plaut. Trinum. III. 2. 64 . . infamis ne sim . . . in concubinatum sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium. Bestellte doch sogar mitunter bei Töchtern verdienter, aber armer Männer der Senat aus dem Aerar eine dos. Val. Max, X. 4. 10.

296) Cic. pro Flacco c. 34.

verletzt werden kann. Stellt letzterer sich zur Aufgabe, dem Verhältniß die positive Gestalt, die er für die entsprechende hält, selbst zu verleihen, das freie Walten des sittlichen Geistes entbehrlich zu machen, — die Liebe unter polizeiliche Aufsicht zu stellen! — so gilt hiervon nicht bloß alles, was im §. 30 über das System der Unfreiheit im allgemeinen gesagt worden ist, sondern es kommt noch hinzu, daß nirgends die praktische Verwirklichung desselben, die Controle von Seiten des Staats, das Urtheil von Seiten des Richters u. s. w. auf solche Schwierigkeiten stößt als hier, wo es zu diesem Zweck erforderlich ist in das Geheimniß des Familienlebens einzudringen, die Persönlichkeit in ihrem innersten Gemüthsleben zu belauschen und zu beunruhigen. Wo wäre die Opposition von Seiten des Angegriffenen natürlicher und voraussichtlicher, wo schwieriger zu vereiteln? Nirgends führt die Verfolgung und Verwirklichung des Rechtsgesichtspunktes in dem Maße die Gefahr mit sich, das sittliche Gefühl in empfindlichster Weise zu verletzen und in moralischen Schlamm und Schmutz zu gerathen als hier.[297]) Je tiefer die Zartheit des Verhältnisses empfunden, je edler und reiner es in der Wirklichkeit gehalten wird, um so mehr wird eine solche Entweihung desselben das Gefühl verletzen, kurz: je weniger das Gesetz es für nöthig hält oder nöthig hat sich hineinzumischen, desto besser.

Im ältern römischen Recht beschränkt sich jenes Eingreifen des Gesetzes auf ein Minimum. Das römische Haus ist ein von der Herrschaft der todten Rechtsregeln eximirtes Gebiet der freien Liebe und Sittlichkeit. Das innere Leben der Familie soll nach römischer Ansicht sich rein aus sich selbst entwickeln. Die dürre Prosa des Rechts soll nicht in das römische Haus hineindringen;

297) Man denke sich z. B. das Capitel über das debitum conjugale als Gegenstand rechtlicher Regulirung (in der kasuistischen Literatur der Talmudisten und Jesuiten ist darin unglaubliches geleistet) oder als Gegenstand der Verhandlung vor Ehegerichten; man erinnere sich der Bestimmung eines neuern Gesetzbuchs, daß die Mutter die Tochter bei erreichter Mannbarkeit über den geschlechtlichen Beruf des Weibes aufzuklären habe u. s. w

das Leben, das sich hier entfaltet, die Verhältnisse, die hier bestehen, die Streitigkeiten, die sich hier entspinnen — für sie alle hat das Recht keine Normen. Das Haus ist die Schöpfung des Hausherrn; sein Geist, seine Einsicht, seine Autorität geben doch schließlich den Ausschlag, wie und was es wird; der Einfluß des Gesetzes könnte dem gegenüber nur ein höchst unbedeutender sein. So überläßt denn das Recht der Römer ihm auch rechtlich die Macht, die er factisch in der Regel haben wird.

Was heißt aber diese Macht? Nicht das, daß seine Laune und Willkühr hier frei schalten dürfe, sondern sie soll ihn in Stand setzen, ohne polizeiliche Erlaubniß das zu thun, was er auch nach eigner Einsicht für das Richtige und den individuellen Verhältnissen Angemessene hält. Ihm die potestas zuzuerkennen hieß nichts, als das römische Haus zu dem zu erheben, als was wir es soeben bezeichnet haben, zum freien Heiligthum der Liebe. Die potestas gibt ihm das rechtliche Mittel, um diese Bestimmung des Hauses zu verwirklichen, den Unfrieden, möge er von draußen anpochen oder im Innern laut werden, fern zu halten und im Keim zu ersticken. Sie enthält negativ den Satz: „kein Dritter hat ein Recht sich in unsere Angelegenheiten zu mischen," und sodann: „Zwistigkeiten im Innern der Familie sollen rechtlich sich nicht über das römische Haus hinaus erstrecken." Eine Klage zwischen den Hausgenossen, sei es des Herrn gegen die Seinen, sei es der letztern gegen ihn oder der letztern untereinander ist ein juristisches Unding.[298]) Es ist Sache des Hausherrn, alle diese Streitigkeiten zu schlichten; kann er es nicht, so trägt er selbst die Schuld und den Schaden, denn hätte er von Anfang an die rechte Zucht in seinem Hause gehandhabt, so würde es ihm an der nöthigen Autorität nicht gefehlt haben. Diese Autorität ist von

298) L. 16 de furt. (47. 2) Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

dem Uebergewicht der physischen Kraft völlig unabhängig[299]), sie ist moralischer Art und durch die Volksansicht von vornherein in dem Maße mit der Stellung des römischen Hausherrn verbunden, daß sie zwar im einzelnen Fall durch eklatante Unfähigkeit factisch verscherzt werden kann, aber nicht erst durch besondere individuelle Anstrengung erworben zu werden braucht; der Hausherr findet sie vor. Auch wenn sie wankend geworden ist, kann er, wenn er sich seiner Macht bedienen will, sich selber helfen; der Staat hilft ihm nicht. Thätliches Vergreifen des Kindes an den Eltern galt als furchtbarer, die Sacertät nach sich ziehender Frevel.[300])

Nicht bloß im eignen Interesse hat der Hausherr diese Gewalt, sondern zugleich in dem der Untergebenen und in dem des Staats, sie ist nicht ein bloßes Recht, sondern auch eine Pflicht, ein Amt. In der väterlichen und eheherrlichen Gewalt steckt zugleich die Vormundschaft über die ihr unterworfenen Personen, die Verpflichtung, sie nach außen hin zu schützen und zu vertreten. Ein Unrecht, das sie von Fremden erlitten haben, berechtigt nur ihn zur Klage, er selbst gilt juristisch als der Verletzte. Ebenso richtet sich die Klage gegen ihn, wenn sie Dritten Unrecht zugefügt haben. In beiden Fällen steht es bei ihm, ob es zur Klage kommen soll, nur muß er im letzten Fall, wenn er ihre Defension ablehnt, sie dem Gegner zur Satisfaction überantworten (noxae dedere).

Aber diese Gewalt ist zugleich ein Amt, das ihm vom Staat anvertraut, und für dessen Führung er ihm verantwortlich ist. Er hat die unbeschränkte Gewalt über die Seinen, damit er sie richtig erziehe, auf Zucht und Ordnung halte, nicht die eines Tyrannen, sondern die eines Richters (»domesticus magistratus«).

---

299) Cic. de senect. 11. Quatuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et senex et caecus ... tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant; vigebat illa in domo patrius mos et disciplina.

300) Festus s. v. plorare.

Darum fallen die Vergehen der Seinigen als schwere Anklage auf ihn selber zurück. So wenig der Richter einen Unschuldigen verurtheilen *soll*, obschon Er es *kann*, so wenig soll Er es bei Ausübung seiner Strafgewalt.

So läßt sich also das römische Haus als eine durch die hausherrliche Gewalt in sich abgeschlossene selbständige Rechtswelt bezeichnen — eine Oase innerhalb der dürren Rechtsschöpfung. Wie die Natur die zartesten Theile gern mit schirmender Decke umgibt, so hat hier die rauhe und harte Schale jener Gewalt nur den Zweck, die zartesten Verhältnisse der sittlichen Existenz gegen alle äußern Eingriffe zu schützen, jede nachtheilige Berührung mit der Außenwelt, jeden prosaisch-juristischen Luftzug abzuwehren und die freieste Entfaltung des innerlichen Lebens zu ermöglichen.

Das ist es, was ich oben (S. 151) mit der *innern*, aus der Verfassung des römischen Hauses folgenden Abgeschlossenheit desselben ausdrücken wollte. Erst durch sie wird der Charakter des Hauses als einer Stätte des Friedens und eines unantastbaren Zufluchtsortes vollständig verwirklicht.

Diese Behandlungsweise, bei der die hausherrliche Gewalt dem Recht den Zutritt zur Familie versperrt, hat etwas ungemein Schönes und Anziehendes, vorausgesetzt, daß der ächte sittliche Geist die an sich todten Formen beseelt; ob dies im ältern Rom der Fall war, wird sofort untersucht werden. Unser heutiges und schon das spätere römische Recht hat jene unbeschränkte hausherrliche Gewalt aufgegeben oder, was dasselbe sagen will, das Recht ist in das Innere der Familie eingedrungen. Ich will die relative Berechtigung dieser Aenderung nicht verkennen, wenn wir uns andererseits nur klar werden, daß wir nicht so gar hohe Ursache haben uns damit zu brüsten. Einem alten Römer wäre unser heutiges System nicht minder anstößig gewesen als uns das seinige. Daß von der Geburt an das Kind dem Vater mit getrenntem Vermögen gegenüberstehen kann, das Kind reich, der Vater arm; daß ersteres wegen beliebiger Gründe gegen ihn, wie

gegen jeden Dritten prozessiren kann;[301] daß der Vater kein rechtliches Mittel mehr in Händen hat, den selbständig gewordenen pflicht- und ehrvergessenen Sohn zur Zucht und Ordnung zu zwingen; daß der Richter dem Mann zu Hülfe kommen muß, um die Frau zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten u. s. w., das alles wäre einem Römer als eine unnatürliche Rechtssatzung erschienen.

Das beste Mittel, um uns über den wahren Sinn und die wahre Bestimmung der familienrechtlichen Gewalt aufzuklären, besteht darin, daß wir dieselbe in ihrer wirklichen Gestalt im römischen Leben kennen lernen. Es gilt hier, uns von den herrschenden Vorurtheilen hinsichtlich des römischen Familienlebens los zu machen. Es ist unglaublich, wie sehr das abstracte Recht Philologen und Philosophen[302] nicht minder als Juristen in

301) Eine Klage des emancipirten Kindes war auch in Rom möglich, und die Consequenz hätte erfordert, sie unbeschränkt zuzulassen, allein das römische Pietäts- und Schicklichkeitsgefühl war doch mächtiger als die römische Consequenz. Die Klagen gegen die Eltern bedurften erst der ausdrücklichen Erlaubniß des Prätors l. 4 §. 1—3, l. 6—8 pr. de in jus voc. (2. 4), und wo sie etwas für das Gefühl Verletzendes enthielten, ward ihnen dieselbe gewiß nicht zu Theil. Den Römern erschien es erträglicher, daß die Kinder von ihren Eltern Unrecht erduldeten, als daß letztere ohne die dringendsten Gründe von ihnen vor Gericht gezogen würden.

302) Von den Juristen, die nur gewohnt sind sich an die Rechtsabstractionen zu halten, kann man es nicht anders erwarten, aber Philosophen und Philologen hätten hierin doch eher das Richtige treffen sollen. Es kann aber kaum etwas Verkehrteres geben, als was z. B. Hegel Philos. der Geschichte. Aufl. 2. S. 348 hierüber sagt: „Im griechischen Leben war doch Familien-Liebe und Familien-Band vorhanden .... Dieser Anfang des römischen Lebens in verwilderter Rohheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit bringt das Eine Element desselben mit sich, die Härte gegen das Familienverhältniß, eine selbstische Härte, welche die Grundbestimmung der römischen Sitten und Gesetze für die Folge ausmacht ... S. 350: „So entartet und entsittlicht sehen wir hier die Grundverhältnisse der Sittlichkeit." Aehnliche Urtheile bei Philologen. Daß Ruperti Handbuch der röm. Alterthümer. Thl. 1, S. 270 der Meinung ist: „Auch das Familienleben konnte die feinern Gefühle nicht wecken und beleben, denn nicht das zarte Band der Liebe umschlang und einigte die Glieder der Fa-

ihrem Urtheil über das römische Familienleben irre geführt hat. Daß sich unter der Knecht-Ruprechts-Maske der patria potestas und manus ein menschliches Gesicht verbergen sollte, schien von vornherein unglaublich. Und allerdings, wenn man sich seine Vorstellung vom römischen Volkscharakter lediglich nach dem öffentlichen Auftreten der Römer, ihrer Härte und Schonungslosigkeit gegen Feinde und Unterthanen, ihrer Rücksichtslosigkeit im bürgerlichen Verkehr u. s. w. zuschneidet, dann mag man sich der Untersuchung überhoben glauben, ob der Schluß vom Familien-Recht auf das Familien-Leben zutreffend ist. Es ist aber bekanntlich eine häufige Erscheinung gerade bei kräftigen Naturen, daß eine Art Theilung ihres Charakters eintritt: der öffentliche starr, unbeugsam, schroff, der Privatcharakter milde, weich. Das Gemüth zieht sich in demselben Maße in die engern und engsten Kreise der Familienliebe zurück, je weniger es draußen Gelegenheit findet sich zu bethätigen. Gerade diese Comprimirung des Gemüths gibt demselben für den kleinen Raum, auf den es zusammengepreßt ist, nicht selten eine Innigkeit, eine Intensität und eine überraschende Zartheit des Ausdrucks, nach dem man bei jenen Naturen, bei denen das Gemüth allgegenwärtig ist, vergebens sucht.

Der Römer nach außen hin d. h. im Geschäftsleben sowohl wie in der Politik und der Römer im Innern der Familie sind zwei ganz verschiedene Leute. Dort kennt er keine Schonung;

---

milie (!), sondern der Vater stand als dominus, als Herr seinem Hause vor," wird man begreiflich finden, wenn man die Unselbständigkeit des Verf. kennt, aber daß selbst ein so gründlicher Forscher und genauer Kenner des römischen Alterthums wie Rein (in der zweiten Ausgabe von Beckers Gallus B. 2, S. 47 fl.) sich hinsichtlich der patr. pot. von dem gewöhnlichen Vorurtheil nicht losreißen kann, beweist, wie fest letzteres gewurzelt ist. Uebrigens will ich mich feierlichst verwahrt haben, irgend einem Juristen, Philosophen oder Philologen, der ohne mein Wissen eine richtigere Anschauung des Verhältnisses dargelegt haben sollte, mit der obigen Bemerkung zu nahe getreten zu sein; es kam mir nur darauf an zu zeigen, welche verkehrten Vorstellungen im allgemeinen hierüber im Schwunge sind.

rücksichtslos verfolgt der römische Egoismus den einmal vorgezeichneten Weg. Aber im Innern der Familie? Hier lernen wir ihn von einer Seite kennen, die uns mit den Römern wieder aussöhnen muß und das moralische Gleichgewicht mit andern Völkern z. B. den Griechen reichlich herstellt.

Das feste Zusammenhalten der Familienglieder, die Pflege des Familienverbandes ist von altersher ein Grundzug des römischen Wesens gewesen,[303] und in der in dem vorigen Buche geschilderten Gentilverfassung erscheint dieser Gedanke geradezu als staatsrechtlich-constitutives Prinzip. „Gleichgültigkeit der Römer gegen die Familie, Härte gegen das Familienverhältniß" — es läßt sich kaum etwas Verkehrteres denken. In Rom, wo der Uebergang in eine fremde Familie und der Austritt aus der bisherigen eine capitis deminutio begründete! Was heißt das denn anders als: die Familie ist der Inbegriff der natürlich-sittlichen Existenz? In Rom, wo die Verwandten einen durch die Sitte gesicherten Einfluß ausübten, von dem wir, die wir auf unsere „Familienliebe" pochen, keine Ahnung haben! Aber das Moment der Liebe, sagt man, gebricht der römischen Familie. Als ob jener Familienverfassung der ältesten Zeit nicht ein sittliches Motiv der Anhänglichkeit, Treue, kurz der Familienliebe zu Grunde läge, und als ob, ganz abgesehen hiervon, die Liebe sich in den Gesetzen zeigen müßte! In ihnen ist allerdings für das gegenwärtige System von Liebe nichts zu entdecken (quae omnia, wie Seneca in dem Motto dieses Paragraphen sagt, extra publicas tabulas sunt), sondern sie halten sich an die abstracte, aller sittlichen Beziehungen zu der Familie entbundene Person. Von der Continuität der Geschlechter, von dem Zusammenhange der Familie u. s. w. ist in dem abstracten Recht keine Rede; hier galt als höchste Aufgabe,

303) Das Zusammenleben der 16 Aelier in einem Hause, von dem Val. Max. 4. 4, 8 berichtet, gibt ein Beispiel schönster Art dafür. Ebenso Cic. de off. 1, 17: bene convenientes propinqui, quibuscum communis etiam fortuna (Gütergemeinschaft, societas omnium bonorum) plerumque est.

die Idee der atomistischen Persönlichkeit in ihrer völligen Reinheit zur Darstellung zu bringen. Aber nicht etwa in der Meinung, um die römische Welt mit solchen abstracten Personen oder Kobolden zu bevölkern, die dieselbe sofort dem Untergange entgegengeführt haben würden, sondern um dem freien Walten des sittlichen Geistes zu überlassen, was die Gesetzgebung allein doch nicht erreichen kann.

Die Sitte also ist es, die richten muß. Und wenn wir nun fragen, wie war das Familienleben der Römer in alter Zeit, sollte uns nicht schon die altrömische Sittlichkeit überhaupt auf den rechten Weg weisen können? Die Familie ist einmal die Quelle der Sittlichkeit; ist sie vergiftet, so ist es auch letztere; ist aber letztere rein und gesund, so muß es auch erstere gewesen sein. Der Zusammenhang der römischen Sittlichkeit mit der Familie ist aber unschwer wahrzunehmen, die meisten altrömischen Tugenden stehen augenscheinlich zum Familienleben in innigster Beziehung. Die Einfachheit und Sparsamkeit, die Keuschheit und Treue u. s. w., sie gruppiren sich um das Haus und die Familie als um ihren belebenden Mittelpunkt herum; die Familie gewährte selbst dem römischen Egoismus ein sittliches Motiv. Das Familienverhältniß muß sich einer durchaus gesunden normalen Organisation erfreut haben, wenn es solche Früchte getragen hat. Man wird mir antworten, daß sich dies immerhin mit einer großen Lieblosigkeit, Härte und Rohheit gegen die Familienangehörigen sehr wohl vertrage. Es gibt für diese Frage einen sichern Maßstab, nämlich die Stellung des weiblichen Geschlechts.[304] Dieselbe war in Rom eine ungleich würdigere als bei irgend einem Volk der alten Welt, die Griechen nicht ausgenommen,[305] ja ich bezweifle, ob

304) Die früher (S. 179) citirte Schrift von Laboulaye Recherches sur la condition u. s. w. des femmes steht noch ganz auf dem Boden der abstract-juristischen Auffassung.

305) Die Römer waren sich dieser Eigenthümlichkeit gegenüber den Griechen sehr wohl bewußt. So z. B. Cornel. Nepos Praef.: quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium, aut cujus non mater-

die civilisirtesten Völker der Gegenwart das weibliche Geschlecht höher stellen, demselben eine größere Achtung und Verehrung erweisen können als die vermeintlich so rohen Römer. Das weibliche Geschlecht war ihrer Ansicht nach dem männlichen nicht bloß völlig ebenbürtig und daher in socialer Beziehung nicht zurückgesetzt,[306] wie bei allen vorrömischen Völkern, sondern es war ein Gegenstand höherer Achtung, es stand eine Stufe über dem männlichen. Die Strenge, mit der man darauf hielt, daß das Decorum sowohl gegen Frauenzimmer,[307] als von denselben[308] bewahrt wurde, die Empfindlichkeit, die man in letzterer Beziehung bewies, die höhere sittliche Reinheit und Fleckenlosigkeit,[309]

---

familias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Graecia, nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte aedium, quae *γυναικωνῖτις* appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus.

306) Gallus von Becker B. 2, S. 6.

307) Bei K. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 11 u. fl. sind mehrere Züge mitgetheilt, z. B. man sollte ihnen auf der Straße aus dem Wege gehen, der Liktor konnte jeden, selbst den Vater des Consuls, aus dem Wege räumen, nur Matronen nicht; es war streng verboten, in ihrer Gegenwart etwas Unanständiges zu sagen oder zu thun; bei der in jus vocatio durfte man sie nicht berühren u. s. w.

308) Von der ungewöhnlichen Strenge in dieser Beziehung gibt Val. Max. 6, 3, 9—12 mehrere eklatante Proben. Die Römer waren überhaupt, was den äußeren Anstand und den guten Ton anbetrifft, weit empfindlicher, als man sie sich vorstellt, vielleicht in höherem Grade als wir es sind. So ward z. B. ein Senator von dem Censor aus dem Senat gestoßen, weil er seine Frau geküßt hatte in Gegenwart seiner erwachsenen Tochter. Plut. Cato major c. 17. Cic. de off. I. 35. Val. Max. 1, 1.7 . . . nec pater cum filio pubere, nec socer cum genero lavabatur . . quia inter ista tam sancta vincula non minus quam in aliquo sacrato loco nudare se nefas esse credebatur. So ferner ibid. 6, 1. 8 promissorum matrifamilias nummorum gratia (stuprosa mente) diem ad populum dixit eumque hoc uno crimine damnando.

309) Keuschheit verlangt auch der Orientale von seiner Frau, aber nicht in ihrem, sondern in seinem Interesse. In Rom begehrte man die Keuschheit der Frau ihrer selbst wegen, der Verlust derselben galt für ein schlimmeres

die man von ihnen verlangte, der Einfluß, den man ihnen zugestand, der Grundsatz der Monogamie, der den Römern von altersher eigen war, kurz diese und andere Züge weisen deutlich auf eine idealere Erfassung von dem Beruf und der Würde der Frau hin.[309a]) In besonders anschaulicher Weise tritt uns dies an der Rolle entgegen, welche die Frauen in der römischen Geschichte spielen. Dankbar verherrlichte die römische Erinnerung das Andenken von Frauen, die glänzende Beispiele der Treue, Keuschheit und anderer weiblichen Tugenden geliefert hatten, und die römische Sage und Geschichte, trotzdem daß sie wie keine andere Gelegenheit hatte, spezifisch männliche Tugenden zu preisen, suchte doch mit ganz entschiedener Vorliebe die wichtigsten Ereignisse mit Frauen in Beziehung, ja in Causalnexus zu setzen.[310]) Roms erster Krieg entbrennt um *sie*; er droht Rom im Keim zu ersticken, aber die geraubten Frauen, durch *Liebe* zu ihren Männern getrieben, retten Rom und lehnen es ab zu den Ihrigen zurückzukehren. Nach der Sage bestand ihr Lohn darin, daß die Kurien die *Namen der Frauen* erhielten; wahr oder falsch, jedenfalls ein höchst charakteristischer Zug. Die Vertreibung der Könige knüpft an die Lukretia, der Sturz des Decemvirats an die Virginia an, das Maß der Entrüstung lief erst über, und der Unwille brach in Empörung aus, als die Willkühr sich gegen ein

---

Uebel als der des Lebens; darum tödtete Virginius seine Tochter, darum manche Väter nach ihm Töchter, welche sich vergangen hatten, z. B. Val. Max. 6, 1. 3 u. 6.

309a) Statuen von Frauen Plin. H. N. 34, 11, 13, 14. »solennis post mortem laudatio« Liv. 5, 50, Sueton. Caes. 6, Anwesenheit der Frauen bei Festen Note 305 und Liv. 5, 31; 45, 2; Zusammenrufung der Frauen und Beschlüsse derselben Liv. 37. 37.

310) Dessen waren die Römer sich selbst sehr wohl bewußt. Cato der Aeltere, dem man nicht gerade eine enthusiastische Verehrung des weiblichen Geschlechts vorwerfen kann, hatte in seinen origines darauf aufmerksam gemacht (Liv. 34. 5) und den Satz durch eine Reihe von Beispielen erläutert. Bei den Verhandlungen über die Aufhebung des oppischen Gesetzes (Liv. ib. 2—7) mußte er es erleben, daß seine Gegner die Waffen zu seiner eignen Bekämpfung jener Schrift entlehnten.

Weib wandte. Die Abwehr des Coriolan, von der das Heil Roms abhing, erfolgte nach fruchtloser Erschöpfung aller Mittel durch seine Mutter[311]) und die römischen Matronen. Die Zulassung der Plebejer zum Consulat, eins der wichtigsten Ereignisse der Republik, ward ihrem letzten persönlichen Motiv nach nicht sowohl auf Licinius Stolo selbst als auf seine ehrgeizige Frau zurückgeführt.[312]) Ein anderes höchst erbauliches Beispiel lieferte der Einfluß, den das schöne Geschlecht bei Gelegenheit der Aufhebung des oppischen Gesetzes (über den Luxus der Frauen) ausübte, und dem gegenüber selbst die Autorität eines Cato sich machtlos erwies.[313])

---

311) Peter Gesch. Roms B. 1, S. 148 verweist hierauf mit Recht als auf eine Sage, in der sich „die hohe Vorstellung der Römer von der Würde der Frauen und insbesondere von dem großen Ansehn und dem bedeutenden Einfluß der Mütter in der Familie einen Ausdruck gegeben hat. Wie hätte Coriolan einen stärkern Beweis seiner kindlichen Liebe zu der Mutter geben können als dadurch, daß er ihr mehr Gewalt über sich einräumte als selbst der Vaterlandsliebe."

312) Liv. 6, 34. Etwas ähnliches erzählt die Sage von der Tanaquil, der Frau des Tarquinius Priscus Liv. 1, 34. Ebenso bei Tarquinius Superbus Liv. 1, 46: sed initium turbandi omnia a femina ortum est.

313) Man sehe die ergötzliche Schilderung der weiblichen Agitation bei Liv. 34, 1. Matronae nulla nec auctoritate, nec verecundia, nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant .... etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Jam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant c. 8. ... aliquanto major frequentia mulierum postero die sese in publicum effudit unoque agmine omnes tribunorum januas obsederunt, qui collegarum rogationi intercedebant, nec ante abstiterunt quam remissa intercessio ab tribunis esset! Ich möchte den Bericht, den Livius hierüber gibt, allen denen, die sich über den vermeintlichen Druck, unter dem die Frauen in Rom lebten, beunruhigen sollten, zur Lektüre anempfehlen; man wird daraus die trostreiche Ueberzeugung entnehmen können, daß auch den Römern hinsichtlich ihrer eheherrlichen Gewalt dieselben Erfahrungen nicht erspart blieben, die wir bei uns hinsichtlich des biblischen Satzes: „und Er soll dein Herr sein" machen müssen. Livius läßt dort z. B. Cato sagen c. 3: recensete muliebria jura, quibus omnibus constrictas vix tamen continere potestis. c. 4: Simul lex

Bei einem Volke nun, bei dem das weibliche Geschlecht als solches schon eine so hervorragende Stellung einnahm, kann unmöglich das eheliche Verhältniß den Sinn gehabt haben, die Frau nach orientalischer Weise zur Sklavin des Mannes zu machen. Wenn irgendwo, so mußte der Einfluß der Frau sich gerade innerhalb des Hauses bethätigen, so mußte die Achtung, die man ihr als solcher zollte, in gesteigertem Maße der Gattin und Mutter zu Theil werden, so muß ferner das Wesen der Ehe in Rom nicht, wie man uns glauben machen will, verkannt, sondern würdiger und reiner erfaßt worden sein als bei irgend einem der frühern Völker. Und dies war in der That der Fall. Abstrahiren wir nur vorläufig von der abstract rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses und halten uns an die Erscheinung desselben im Leben und die natürliche Auffassung, welche die Römer selber damit verbanden. Die Ehe galt als ein heiliges Verhältniß, sie begründete eine religiöse Gemeinschaft zwischen beiden Gatten und darum erhielt sie auch bei ihrer Eingehung eine religiöse Weihe.[314]) Auf diese alte Ehe paßte die bekannte römische Definition der Ehe,[315]) eine Definition, von der ein Unkundiger glauben sollte, daß sie die christliche Auffassung der Ehe enthalte; für die alte Zeit war sie eine Wahrheit, für die spätere, die sie uns aufbewahrt hat, eine bloße Reminiscenz. Der ungeheure Contrast in dem ehelichen Leben dieser beiden Zeiten, der alten strengen Sitte und

---

modum sumtibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies! Man sehe ferner die Zugeständnisse der Ehemänner und ihre Klagen über das Auftreten der Frauen bei Plautus Asin. 1, 1, 73. 5, 2, 49. Aulul. 3. 5, 14 bis 62. Cic. Parad. 5, 2: ille liber, cui mulier imperat, cui leges imponit, praescribit, jubet, vetat.

314) Nicht bei der confarreatio allein. S. Roßbach a. a. O. Abschn. IV.

315) L. 1 de R. N. (23. 2): consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. §. 1 I. de patr. pot. (1. 9) individuam vitae consuetudinem continens. L. 4 Cod. de crim. expil. her. (9. 32). Livius I. 9 läßt Romulus das matrimonium als societas fortunarum omnium civitatisque bezeichnen, ebenso Dionys. 2. 25 *κοινωνία ἱερῶν καὶ χρημάτων*.

Treue und der spätern Frivolität, grauenhaften Verwilderung und Zügellosigkeit ist bekannt. Dort trotz der rechtlichen Trennbarkeit der Ehe doch factisch die äußerste Seltenheit der Ehescheidungen,[316] hier trotz aller Gesetze Ehebruch und Ehescheidung an der Tagesordnung. Es bewährt sich auch hieran wieder die Richtigkeit der oft gemachten Bemerkung, daß die Ehe der Barometer der Sittlichkeit eines Volkes ist.

Nach der natürlichen Ansicht, wie sie im römischen Leben herrschte und sogar in juristische Deductionen hinüberspielt,[317] galt die Frau als die eigentliche Herrin des Hauses,[318] und jene Eigenthumsunfähigkeit derselben, von der die Theorie redete, ward factisch gar nicht fühlbar für sie, kam ihr vielleicht kaum zum Bewußtsein. Die Sachen, die sie dem Manne zur dos mitbrachte, betrachtete sie nach wie vor als ihr Eigenthum,[319] ja was ihm gehörte, sah sie auch als das Ihrige an, kurz jene scharfe vermö-

---

316) So viel folgt mindestens aus der bekannten Sage, daß die Ehescheidung des Sp. Carvilius (U. C. 520) die erste gewesen sein soll. Gell. XVII. 21. Val. Max. 2. 1, 4. Eine Ehescheidung ohne Grund ist ein »delictum non modicum« l. 9 §. 3 de minor. (4. 4).

317) L. 1 rer. amot. (25. 2) . . quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret. L. 1 §. 15 de SC. Silan. (29. 5) commixta familia et una domus. Die Formel der Scheidung: tuas res tibi habeto l. 2 §. 1 de divort. (24. 2).

318) Macrob. Saturn. 1, 15 .... postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet apisci et rem facere divinam. Dionys. 2, 25. Plaut. Casina prol. 44: herae, Asin. 3, 1. 2, 6: matris imperium.

319) Plaut. Asin. I. 1, 72: dotalem servum adduxit uxor tua, cui plus in manu sit, quam tibi. Miles glor. IV. 6. 62, 63. Quin tua causa exegit virum a se — Quid? qui id facere potuit? — Quia aedes dotales hujus sunt. Die bekannte l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12) . . et naturaliter permanserunt in ejus dominio. L. 3 §. 5 de minor. (4. 4) ipsius filiae proprium patrimonium. L. 71 de evict. (21. 2). L. 75 de jure dot. (23. 3). L. 4 de coll. bon. (37. 6). Columella de R. R. praef. nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret.

gensrechtliche Trennung beider hatte für die Ehegatten in ihrem Verhältniß zu einander kaum eine praktische Realität;[320] nur dritten Personen gegenüber konnte sie bedeutsam werden. Welche Bewandniß es mit dem jus necis ac vitae des Mannes hatte, wird sich am besten in einem andern Zusammenhange zeigen lassen.

So viel, hoffe ich, wird nun aus der bisherigen Darstellung hervorgehen, daß der Grund der eheherrlichen Gewalt unmöglich in einer sittlich niedrigen Auffassung der Ehe gefunden werden kann, und daß alle jene Phrasen von der Rohheit, dem Mangel des Moments der Liebe[321] u. s. w. nur die völlige Unbekanntschaft mit dem römischen Volk und Leben documentiren. Bei den Römern selbst findet man auch in späterer Zeit, so viel mir bekannt ist, nicht einmal eine Andeutung, daß eine solche Auffassung nur denkbar sei; keine Anklage, keine Rechtfertigung, selbst bei Gelegenheiten, wo es sich um die angeblichen oder wirklichen Rohheiten des ältern Rechts handelt.[322] Und doch hatte in der That die spätere Zeit jene unendlich niedrige Culturstufe, als deren Ausfluß man die eheherrliche Gewalt charakterisiren will, bereits lange hinter sich, und es wäre unerklärlich, wie eine Zeit, die sonst so hoch stand, sich einen solchen Rest einer barbarischen Vorzeit hätte gefallen lassen können. Allerdings wurde jenes Gewaltverhältniß schon in den letzten Zeiten der Republik gelockert, aber anstatt, wie es nach der entgegengesetzten Ansicht der Fall sein müßte, darin einen Fortschritt zum Bessern zu finden, erblickten gerade die bessern Naturen darin, und mit vollem Recht, ein Zeichen der Demoralisation.[323]

320) So verfügen z. B. die Matronen selbständig über das Gold, das sie besitzen, Liv. V. 25, 50. Festus matronis.

321) An schönen Zügen der innigsten Liebe fehlte es der Römerwelt nicht, wohl aber mir an dem Beruf, sie hier zusammenzustellen. Ich will beispielsweise einen Fall hervorheben, den Valerius Max. 5. 6, 2 mittheilt: morte uxoris audita doloris impotens pectus suum gladio percussit.

322) z. B. in der bekannten Kritik des ältern Rechts durch Favorinus bei Gellius 20. 1.

323) z. B. Cato in seiner Rede für die lex Oppia Liv. 30, c. 2—4.

Ueber die Gestalt, welche die väterliche Gewalt im Leben an sich trug, mögen wenige Worte genügen.

Daß die römische Zucht und Kinder-Erziehung eine strengere war als die heutige ist unleugbar. Dem Staat kam es zu gute, daß in der Familie eine strenge Disciplin herrschte, daß bereits hier die Gewöhnung an Ordnung und Gehorsam begann. Aber daß die patr. pot. nicht dazu da sei, um die Kinder zu tyrannisiren, daß die Liebe das belebende Prinzip des Verhältnisses sein solle, daß der Vater eine Erziehungspflicht habe u. s. w., haben auch die Römer sich nicht verhehlt.[324]) Wäre die patr. pot.

324) Liv. I. 9: nihil carius humano generi. Ueber den Geist, in dem sie zu handhaben ist, s. l. 5 de leg. Pomp. de Parr. (48. 9) . . patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. Terent. Adel. I. sc. 1. Cic. ad Att. 10, 4: indulgentia nostra depravatus, 14, 17. Ueber die factische Stellung der Kinder in vermögensrechtlicher Beziehung L. 11 de lib. et posth. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. L. 1 §. 12 de succ. ed. (38. 9): paene ad propria bona veniunt, l. 50 §. 2 de bon. lib. (38. 2). Capitol. Marcus cap. 5: res sua. Darauf zielt auch die retentio propter liberos bei der Dos, Boeth. zu Cic. Top. c. 4 (Orelli p. 303) quare quoniam quod ex dote conquiritur, liberorum est, qui in patria potestate sunt, id apud virum necesse est permanere und die Befreiung von der Erbschaftssteuer Plin. Paneg. 37. Ueber die Enterbung Seneca de clem. 1, 14. Daher werden die Kinder selbst domini und heri genannt z. B. bei Plautus Capt. Prolog. 18: Domo quem profugiens dominum abstulerat, vendidit, Asin. II. 2, 63 heres major . . . minor hic est intus, Capt. III. 5, 49 herum servavi (den Sohn) . . cui me custodem addiderat herus major meus. Daher Anordnung der cura prodigi im Interesse der Kinder. Mit dem peculium verhielt es sich hier wie bei den Sklaven, nur daß es oft unendlich größer war. Manche römische filiifamilias hatten bereits bei Lebzeiten ihres Vaters ein bedeutendes Vermögen in Händen, führten einen eigenen Haushalt und machten großen Aufwand, ohne daß ihre Unfähigkeit, eignes Vermögen zu besitzen, je eine praktische Folge gehabt hätte. Man denke sich, daß ein Vater seinem Sohn, der eine hervorragende Stellung im Leben einnahm, die höchsten Ehrenämter be-

in Wirklichkeit ein Verhältniß der Willkühr gewesen: wer hätte sich arrogiren lassen, freiwillig seine Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegen das Loos eines Sklaven vertauschen mögen?

Wir haben einen entscheidenden Gesichtspunkt, der unsere beiden Verhältnisse erst ins rechte Licht setzt, bis zuletzt aufgespart. Zu den öfter berührten thatsächlichen Einflüssen, welche die rechtliche Unbeschränktheit des Subjects in allen Richtungen moderirten und bestimmten, gesellte sich nämlich für das Familienleben noch ein unendlich wichtiger und einflußreicher Factor hinzu, nämlich die Familie selbst. Der natürlich-sittliche Zusammenhang des Einzelnen mit seiner Familie, der in Gentilverfassung *rechtliche* Gestaltung gewonnen und mit ihr sie verloren hatte, ward durch die Sitte in Form der *Familiengerichte* wieder zur Geltung gebracht.

Die Unbestimmtheit und Biegsamkeit, die wir oben (§. 25) als den Charakterzug der Sitte haben kennen lernen, äußert sich an diesem Institut in mannigfacher Weise. Theils nämlich hinsichtlich des *Begriffs* der Familie, es ist nicht der juristische, der der Agnaten, sondern der der natürlichen Familie,[325]) der Kreis der *Blut*sverwandten, ja so wenig ist dieser Kreis abgeschlossen daß auch die nähern Freunde[326]) zu ihm hingezogen werden.

---

kleidete, eigne Familie hatte u. s. w. plötzlich aus reiner Laune sein Vermögen hätte entziehen sollen! So etwas ist auf dem Papiere leicht gesagt, aber im Leben stellt sich die Sache doch etwas anders. Ein solcher selbständiger Haushalt nebst factischer Unabhängigkeit des erwachsenen Sohnes kam schon in ältester Zeit vor, z. B. erwähnen einige Autoren bereits beim Sp. Cassius, dem Urheber der ersten lex agraria (U. C. 261) ein peculium. Val. Max. 5, 8. 2. 6, 3. 1 (domum). Liv. 2. 41 (. . signum inde factum et inscriptum: ex cassia *familia* datum). Dionys. 8, 78 nimmt Anstoß daran, daß seine Quellen dem Cassius nach der Vorstellung des gewöhnlichen Lebens Eigenthum beilegten, und macht ihn darum zum paterfamilias.

325) Darauf weisen nicht bloß die Ausdrücke propinqui, amici, cognati u. s. w. hin, sondern hinsichtlich des Verwandtengerichts über die Ehefrau in manu verstand es sich von selbst, daß man die Verwandten von *ihrer* Seite, also die Cognaten nicht übergehen konnte.

326) Mitunter sogar fern stehende Personen von Rang z. B. August bei

Man könnte sagen: es ist die ethische Umgebung des Subjects, der Umkreis, innerhalb dessen seine sittlich häusliche Existenz ihre Wurzeln treibt, der Chor, der wie im griechischen Drama ihn durch Billigung und Mißbilligung bei seinen Handlungen bestimmen soll, und von dessen Gunst oder Ungunst, Beistand oder Theilnahmlosigkeit die Behaglichkeit seiner Existenz abhängt. Wer diesen Chor mit bildet, ob alle Verwandte, oder nur bis zu einem gewissen Grade, ob auch die Freunde u. s. w., darüber hat die Sitte keine Norm; möge der Einzelne im einzelnen Fall selbst bestimmen, wen er zu den propinqui, necessarii, amici u. s. w. rechnet. Die Unbestimmtheit des Instituts äußert sich ferner darin, daß die unterlassene Zuziehung jener Personen in Fällen, wo dieselbe hätte Statt finden sollen, bald als arger Verstoß gegen die Sitte allgemeine Mißbilligung erfuhr und schwere Folgen für den Widerspenstigen nach sich zog, bald aber auch nicht. Der häufigste Fall,[327]) von dem die Zuziehung der Verwandten und Freunde berichtet wird, war die Ausübung des jus necis ac vitae über Ehefrauen und Kinder. Der Ehemann oder Vater[328]) berief die Verwandten zusammen, legte ihnen den

---

Seneca de clement. 1. 15. Ja bei Val. Max. 5. 9, 1 wurde ein großer Theil des Senats zugezogen. Selbst die Freigelassenen der Familie l. 22 de his quae ut (34. 9) libertis patris instantibus. Nach Klenze in der Zeitsch. VI. S. 31 „gewinnt das ganze Hausgericht erst eine feste Gestalt durch feste Regeln über die Berufung der Richter." Als ob es sich hier um etwas Festes, um ein Rechtsinstitut handelte!

327) Es bedarf für diese sehr bekannte Sache keiner Belegstellen. Ich verweise auf Klenze Zeitschrift für gesch. Rechtsw. B. VI. S. 25 fl. und Geib Gesch. des röm. Krim.-Proz. S. 84 fl.

328) Auch hinsichtlich der reinen Rechtsfrage, wer im concreten Fall zur Ausübung des jus necis ac vitae berufen war, und wer folglich die Verwandten zum Gericht zu entbieten hatte, ward es im Leben wohl nicht so genau genommen. So spricht z. B. bei Cic. de finib. 1, 7 der Vater, der seinen Sohn in Adoption gegeben hatte, statt des jetzigen Innehabers der potestas das Urtheil, so mochte über die Ehefrau, die noch in der patr. pot. ihres Vaters, also nicht in der manus des Mannes stand, letzterer häufiger das Gericht berufen als ersterer.

Fall vor und sprach und vollzog das in Gemeinschaft mit ihnen[329]) gefundene Urtheil. Aber auch bei andern wichtigen die Familienverhältnisse betreffenden Handlungen des Gewaltinnehabers erforderte die Sitte eine Berathung mit den Verwandten; so wird uns dies z. B. ausdrücklich hinsichtlich der Ehescheidung bezeugt.[330]) Ueberhaupt mochte kein wichtiges Ereigniß im Innern der Familie vorkommen, an dem sie nicht Theil nahmen, sei es zur Verherrlichung des Aktes, wie bei Anlegung der toga virilis, bei Verlobungen u. s. w.,[331]) sei es um ihre Billigung einzuholen. Sie waren die natürlichen Beschützer aller schutzbedürftigen Personen innerhalb der Verwandtschaft,[332]) und ihr Urtheil, ihre Fürsprache und Einsprache fand bei der kräftigen Entwicklung des Familiensinns in alter Zeit eine ganz andere Beachtung, als heutzutage. Wir dürfen ihre Stellung und ihr Auftreten nicht nach heutigen Ideen beurtheilen; ihre Prätensionen waren keine Anmaßung, sondern Ansprüche, die in der römischen Auffassung des Verhältnisses begründet lagen, und die sich ohne Aufsehen und öffentliches Aergerniß nicht zurückweisen ließen. Ich will ein belehrendes Beispiel mittheilen, welches dies Auftreten der Verwandten in ein helleres Licht setzt, als die weitläufigste Ausführung es könnte. Der Sohn von Scipio Africanus dem ältern, dem Vater in jeder Weise unähnlich, war trotz seiner Unwürdigkeit vom Volk zum

---

329) Daß er juristisch nicht an ihre Ansicht gebunden war, versteht sich von selbst, und es verräth ein Verkennen der ganzen Einrichtung, wenn man dies in Frage stellt, aber ebenso sehr liegt auf der Hand, daß das Urtheil der Verwandten factisch in der Regel den Ausschlag gegeben haben wird.

330) Val. Max. 2, 9, 2. Die Censoren stießen Jemanden, der es unterlassen, aus dem Senat. So erklärt bei Plautus Stichus I. 2, 71 ein Vater, der die Ehe seiner Tochter vermöge der patr. pot. trennen will: mihi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

331) Cic. ad Quint. 2, 6. Appian. bell. civ. 4, 30. Liv. 2, 36.

332) Namentlich führten sie auch die Aufsicht über den Tutor und trugen durch die act. susp. tutoris auf seine Remotion an — überhoben also den Staat der Mühe, sich darum zu bekümmern — stellten im Interesse der Kinder des Verschwenders den Antrag, eine cura prodigi anzuordnen u. s. w.

Prätor erwählt und machte als solcher seinem Amt und seiner Familie die größte Unehre. Hier hielten es die Verwandten für ihre Pflicht, die Ehre des Geschlechts zu wahren; sie machten ihm nicht bloß jede Amtshandlung unmöglich, sondern zogen ihm sogar den Ring mit dem Bildniß des Vaters vom Finger.[333]) Dies geschah gegen einen römischen Prätor und gegen einen Mann, der sich aus dem Urtheil der Welt nichts machte, und der also schwerlich sich einem solchen Einschreiten der Familie gefügt haben würde, wenn er sich mit Erfolg dagegen hätte auflehnen können.

So wenig nun die Zuziehung der Verwandten bei Ausübung des jus necis ac vitae rechtlich vorgeschrieben war, so mißlich war es doch in der Regel, dieselbe zu unterlassen. Es lag der Verdacht zu nahe, daß man sich nicht getraut habe, ihnen die Sache vorzulegen, und nur wo die Schuld des zu bestrafenden Kindes ganz außer allem Zweifel war, mochte Jemand es ohne Nachtheil wagen, sich über die Sitte hinwegzusetzen.[334]) Jedenfalls war es für den Vater im eignen Interesse unter allen Umständen das Gerathenste, die Sitte zu beachten, denn es ließ sich nicht berechnen, ob nicht schon der Censor ganz abgesehn von der Gerechtigkeit des gefällten Spruches die Verletzung des Herkommens rügen und strafen würde.[335]) Ein wirklicher Mißbrauch der Gewalt aber konnte noch ganz andere Folgen haben. Von einem über die Hausangehörigen verhängten und vollzogenen Todesurtheil unterschied die öffentliche Meinung sehr wohl einen Todtschlag derselben. Wer sich letztern hatte zu Schulden kommen lassen, konnte vor die Volksversammlung gestellt werden, und das Pochen auf sein jus necis ac vitae, in dem jener Unterschied allerdings nicht zu Tage lag, konnte ihm bei der Gestaltung und

---

333) Val. Max. 3. 5, 1. Nur braucht man dabei nicht an ein eigentliches Verwandtengericht zu denken.

334) S. z. B. Val. Max. 5. 8, 3 . . ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit. id. 6. 3, 9. Sall. Catil. 39.

335) Wie in dem Fall der Anm. 330.

dem Geist der ältern Strafrechtspflege (S. 42) wenig nützen; die sittliche Entrüstung des Volks ließ sich dadurch nicht beschwichtigen.[336]) Wird uns doch sogar von einem Fall berichtet, wo ein Vater angeklagt ward, weil er seinen Sohn, der durch Talent und Geschlecht zu Höherem bestimmt sei, ausschließlich zur Feldarbeit verwende und ihm dadurch die politische Laufbahn verschließe.[337]) Daß auch das Vaterland ein Anrecht auf die Kinder habe, war ein Gesichtspunkt, den der Vater bei Ausübung seiner patr. pot. nicht außer Acht lassen sollte. Von *seinem* Standpunkte aus betrachtet war seine Strafgewalt ein reines Privatrecht, vom Standpunkte des Staats aus ein im allgemeinen Interesse als Mittel der Erziehung und Zucht verliehenes Amt. Darum unterlag der censorischen Rüge nicht minder, wer die Zügel des Hausregiments zu schlaff, als wer sie zu straff angezogen hatte. Vollkommen in Stand gesetzt, die Seinen zur Zucht und Ordnung anzuhalten, mußte er in den Augen des Volks auch für die gute Aufführung derselben verantwortlich erscheinen,[338]) und von ihm konnte man, wenn dieselben ein Verbrechen begingen, zunächst erwarten, daß er die verdiente Strafe über sie verhängen und sich selbst von der moralischen Mitschuld lossagen würde. Der Staat

336) Fälle bei Orosius 3. 9 exstitit parricida, . . filium enim suum peremit u. 5. 15 (16): Q. Fabius Maximus filium suum . . . cum duobus servis parricidii ministris interfecit . . . Die dicta Cn. Pompejo accusante damnatus est. Seneca de clem. 1, 14. Ein anderer Fall, in dem der Angeklagte für schuldlos erkannt und freigesprochen wurde s. bei Plin. Hist. nat. 14, 14. Valer. Max. 6. 3, 9 u. a. Ob dieser Fall, den Plinius unter Romulus verlegt, mythisch ist, relevirt nichts für die allein wesentliche Frage, wie die Römer die Sache auffaßten, und daß sie die im Texte ihnen untergelegte Unterscheidung wirklich machten, geht aus Plinius hervor: eumque *caedis* esse absolutum.

337) Val. Max. 5. 4, 3.

338) Hinsichtlich der Frauen erkennt Cicero in einem Fragmente aus lib. 4. de republica (Nonius de num. et cas. p. 499) dies ausdrücklich an: nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit Censor, qui *viros edoceat mulieribus moderari*.

hatte aber gewiß nur in den seltensten Fällen nöthig selbst einzuschreiten;[339] die römischen Väter und Männer wußten in alter Zeit, was ihre Pflicht war und besaßen Seelenstärke genug, um sie zu erfüllen.

So wenig nun dieser Gesichtspunkt der Pflicht in der juristischen Construction der hausherrlichen Gewalt Berücksichtigung fand: in der Wirklichkeit war er der bestimmende; bestimmend nicht bloß für die Handhabung derselben, sondern nicht minder für die ganze Auffassung derselben. In dem Bilde, das wir heutzutage von der hausherrlichen Gewalt entwerfen, würde ein alter Römer dieselbe kaum wieder erkannt und schwerlich es begriffen haben, wie eine Institution, auf die Rom stolz sein konnte, und die wie keine andere die Quelle altrömischer Kraft und Tugend und der wirksamste Hebel römischer Größe war, dermaleinst seinem Volke in sittlicher Beziehung zum schweren Vorwurf gemacht werden würde.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Institute eine Schranke der subjectiven Autonomie.

Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben im römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten).

XXXIII. Ein Punkt, an dem die Auffassung des Freiheitsbegriffs wie an keinem andern ihre Probe bestehen kann, ist die im Begriff der Freiheit scheinbar enthaltene Möglichkeit einer Selbstvernichtung derselben. Das Recht frei zu sein, hat man oft gesagt, schließt mit Nothwendigkeit die Möglichkeit in sich, die Freiheit ganz oder theilweise aufzugeben; ist letztere ein Recht,

339) Hinsichtlich der Frauen werden einige Fälle erwähnt wo die Strafe von Staatswegen gefällt, die Vollziehung derselben aber den Verwandten überlassen wurde. Val. Max. 6. 3, 7. Liv. 39. 18. Sueton. Tiber. 35.

warum sollte ich nicht darauf verzichten, ist der Wille frei, warum sollte seine Thätigkeit nicht auch darin bestehen können, sich selbst zu beschränken, sich zu binden und zu fesseln? So trüge also die Freiheit den Keim der Unfreiheit in sich, und aus der Aussaat der Freiheit könnte das Schlinggewächs der äußersten Unfreiheit hervorwachsen. Und in der That scheint das deutsche Recht bewußt oder unbewußt von dieser selbstmörderischen Auffassung des Freiheitsbegriffs ausgegangen zu sein. Der freie Mann konnte durch Vertrag seine persönliche Freiheit aufgeben oder mindern, Sklave oder Leibeigner werden; durch Reallasten, die er auf sein Grundstück legte, durch Familienfideicommisse u. s. w. die Freiheit des Eigenthums für ewige Zeiten binden und Preis geben, durch Erbverträge die testamentarische Freiheit opfern u. s. w. Kurz die Institute, die der Freiheit dienen sollten, wurden in Wirklichkeit zu Werkzeugen der Unfreiheit, zu Ketten und Banden, unter denen die subjective Freiheit erlag.

Diese Möglichkeit einer Selbstvernichtung scheint, wie gesagt, im Wesen der Freiheit begründet und damit der Beweis erbracht, daß die Freiheit in ihrer vollen Consequenz praktisch unausführbar ist. Das ist jedoch nur Schein; nur die falsche Freiheit gräbt sich ihr eigenes Grab. Der Anspruch des Individuums auf die rechtliche Freiheit stützte sich, wie wir §. 30 nachzuweisen versuchten, auf eine ethische Grundlage, — den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit. Daraus ergibt sich zunächst für das Individuum der Gesichtspunkt, daß sein Recht auf Freiheit zugleich eine Pflicht ist, für den Staat aber, daß er nur diese wahre, ethisch berechtigte Freiheit des Subjects anzuerkennen und zu verwirklichen hat. Seine Aufgabe der Freiheit des Subjects gegenüber ist also nicht eine bloß negative, ein Gewährenlassen, ein Nichteingreifen in ein fremdes Gebiet, seine Stellung nicht die des indifferenten Zuschauers; sondern seine Aufgabe ist wesentlich positiver Art: Verwirklichung der rechtlichen Freiheit, Sicherstellung derselben gegen die Gefahr einer Unterdrückung oder Entziehung, drohe dieselbe von außen oder von Seiten des Subjects selbst (Selbstvernichtung

der Freiheit). Darin eine dem Begriff der Freiheit widerstrebende Bevormundung von Seiten des Staats zu erblicken, ist nur möglich, wenn man weder der Freiheit, noch dem Staat eine sittliche Bestimmung zuschreibt.

Das römische Recht gewährt uns für die vorliegende Frage ein höchst instructives Beispiel, das uns aller ferneren allgemeinen Betrachtungen überhebt. Es hat wohl noch nie ein Recht gegeben, das den Gedanken der Freiheit in so würdiger und richtiger Weise erfaßt hat wie das römische. Jene Gefahr der Selbstvernichtung der Freiheit, an der die falsche Auffassung der Freiheit stranden muß, und die dem deutschen Recht so gefährlich ward, ist vom römischen Recht in meisterhafter Weise erkannt und abgewehrt. Und zwar ist es nicht das äußere positive Verbot, wodurch dies geschieht, sondern die dem Wesen der Freiheit selber entnommene Selbstbeschränkung derselben auf wissenschaftlichem Wege.

Die römische Anschauungsweise und damit die Quintessenz der folgenden Ausführung läßt sich vielleicht am bezeichnendsten dahin angeben, daß sie in der Freiheit nicht etwas Subjectives, ein Gut oder eine Eigenschaft der Person, sondern eine objective, vom Willen der Person unabhängige unzerstörbare Eigenschaft der Rechtsinstitute erblickt.

Die privatrechtlichen Institute sind die Formen, in denen das Freiheitsbedürfniß des individuellen Lebens sich befriedigt. In ihrer Gesammtheit repräsentiren sie uns die sämmtlichen Seiten und Richtungen, nach denen hin die subjective Freiheit sich zu bewegen vermag; jedem einzelnen dieser Verhältnisse wohnt der Gesichtspunkt eines bestimmten Freiheitsbedürfnisses und Freiheitszweckes inne. Diesen Gesichtspunkt hat nun das römische Recht richtig erfaßt und durchgeführt, d. h. der Zweck des Instituts ist das Maß für die dem Subject innerhalb desselben zu verstattende freie Bewegung. Die abstracte Freiheit des Subjects findet also an der in dem einzelnen Institut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Maß und Ziel vor, eine Bahn, die sie einzuhalten hat, damit sie nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathe; die Freiheitstheorie

der einzelnen Institute ließe sich als die Disciplin des abstracten Freiheitsgefühls charakterisiren. Dispositionen, die dem Zweck des Instituts widerstreiten, sind daher nichtig und unwirksam.

An der gegenwärtigen Stelle können wir diesen Gesichtspunkt nicht nach seiner ganzen Ausdehnung verfolgen,[340]) sondern nur nach einer ganz bestimmten Seite hin, nämlich rücksichtlich der Unwirksamkeit von Verträgen und Dispositionen, durch die das Freiheitselement des einzelnen Instituts dahin gegeben werden soll, bei denen also die subjective Freiheit des Disponenten mit der objectiven Freiheit des Instituts in Conflict geräth.

Daß die vertragsmäßige Aufgabe der *Freiheit* nach römischem Recht unmöglich ist, darf ich als bekannt voraussetzen. Zur Strafe konnte die Freiheit verloren gehen z. B. für den Dieb, den insolventen Schuldner u. s. w., aber ein Verzicht auf dieselbe, ein Vertrag, wodurch Jemand sich zum Sklaven eines Andern machen wollte, war nach römischem Recht undenkbar.[341])

Wie weit war eine *Beschränkung* der persönlichen Freiheit möglich? Jede Obligation enthält eine Belastung der Person. Hätten die Römer nun die ihnen mitunter angedichtete Vorstellung von der unbedingt verbindenden Kraft des obligatorischen Willens wirklich gekannt, so würde die Obligation das Mittel dargeboten haben, die Freiheit dem Effect nach völlig zu untergraben, z. B. durch Uebernahme lebenslänglicher Dienstbarkeit, durch das Versprechen, sich nie vom Orte zu entfernen, ohne Willen des Andern sich nicht zu verheirathen, nichts zu veräußern u. s. w. Diese Vorstellung war aber den Römern völlig fremd. Ihre Obligation hatte zunächst eine ausschließliche Beziehung und Rich-

340) Was wir hier übergehen und bei einer andern Gelegenheit nachholen wollen, ist die Beschränkung des Willens durch das *logische* Element der Institute.

341) Einer vertragsmäßigen Sklaverei kam jedoch ziemlich nahe das auctoramentum; der Vertrag, durch den die Gladiatoren sich dem Willen ihres Herrn unterwarfen (Schulting Jurisprud. antiq. Noten zur Collatio leg. mos. tit. IV. §. 3, IX. §. 2), schwerlich jedoch datirt dies Verhältniß aus der guten alten Zeit.

tung auf das Vermögen; eine Abweichung von dieser ihrer Bahn war in alter Zeit schon durch die objective Aestimation des ältern Rechts (S. 104) unmöglich gemacht. Das ältere Recht kannte nach der dort geäußerten Ansicht keine Obligationen auf Dienstleistungen, sondern nur auf Sachen. Es wird sich später die Gelegenheit finden, diese Ansicht noch genauer zu begründen; an dieser Stelle hebe ich nur die Beziehung hervor, in der sie zu unserer Frage steht. Geld und Sachen sind Stücke des Vermögens, Dienstleistungen Producte der Person. Ich kann mir denken, daß ein kräftiges Freiheitsgefühl Anstoß daran nahm, letztere zu Gegenständen des Verkehrs zu machen[342]) und daß, nachdem die Macht der Verhältnisse diesen Fortschritt erzwungen, man dennoch sich sträubte, einen directen Zwang auf Vornahme der Handlung zu statuiren. So würde der Grundsatz des römischen Prozesses, daß jede Verurtheilung auf Geld lauten müsse, eine befriedigende Erklärung finden.

Es gab aber ein Mittel, durch dessen Anwendung man dem Erfolg nach die persönliche Freiheit nach allen Seiten hin hätte beschränken und verkümmern können, die Conventionalpön (S. 110). Hätte man hier die Sache rein formell behandelt, so würde man ein Versprechen, wodurch Jemand für den Fall, daß er sich z. B. verheirathe, sein Domicil wechsle, zur Zahlung einer Summe sich verbindlich machte, als vollkommen gültig haben anerkennen müssen. Hier aber zeigt sich eben, daß die Römer die objective Idee der persönlichen Freiheit höher stellten als das Prinzip der abstracten subjectiven Willensfreiheit; denn derartige Verträge waren nichtig.[343]) Eine Parallele dazu findet sich im

342) Cicero de offic. I. 42: Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur. Est enim in illis merces auctoramentum servitutis ... Opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum potest habere officina. ibid. II. 6: quae est sordidissima ratio.

343) L. 71 §. 2 de cond. (5. 1) .. non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Wilh. Sell, die Lehre von

Erbrecht. Der Testator, der die persönliche Freiheit des Erben auf directem Wege durch Verbote und Gebote nicht zu beschränken vermochte, konnte auf die Idee verfallen es indirect durch Anordnung bedingter Vermächtnisse zu bewirken (z. B. wenn mein Erbe sich verheirathet, soll er dem A 1000 zahlen; ein Legat mit dem Zweck einer Conventionalpön, daher legatum poenae nomine relictum). In der Kaiserzeit ward ein solches Legat schlechthin für ungültig erklärt,[344]) einerlei ob die Handlung, zu welcher der Erblasser den Erben durch die Aussicht auf den Verlust veranlassen oder von der er ihn abhalten wollte, unter den Gesichtspunkt einer Beschränkung der persönlichen Freiheit fiel oder nicht. Für das ältere Recht existirte ein solches absolutes Verbot nicht, aber im Geiste desselben darf man annehmen, daß von einem solchen Straflegat dasselbe galt, wie von der Conventionalpön, d. h. Nichtigkeit für den Fall, daß die persönliche Freiheit des Erben dadurch beeinträchtigt werden sollte.

Im Eherecht bewährt sich unser Gesichtspunkt an der Unklagbarkeit aller Verträge, die der vom römischen Recht als Prinzip aufgestellten Freiheit der Ehe widerstreben würden, z. B. der Verträge, mittelst deren man direct oder mittelbar [unter dem Versprechen einer Conventionalpön] sich anheischig machte, eine Ehe zu schließen oder nicht zu schließen, zu trennen oder nicht zu trennen.[345]) Streitig ist nur, ob nicht die Sponsalien im ältern Recht klagbar gewesen seien; für das neuere Recht steht das Gegen-

---

den unmöglichen Bedingungen. S. 189 fl. Eine Ausnahme bei Freigelassenen im Verhältniß zum Patron l. 1 de bon. lib. (38. 1).

344) Durch Ant. Pius. Capitol. in vita Ant. Pii c. 8. In dieser Allgemeinheit ward das Verbot durch Justinian wieder aufgehoben und damit das frühere Recht, in dem der Charakter der dem Erben zugemutheten Handlung über die Gültigkeit des Legats entschied, wieder hergestellt. Die Behauptung, daß Antonin jenes Verbot nicht sowohl erweitert, als erst eingeführt habe, ist ein Irrthum; schon Sabinus kannte es. §. 36 I. de leg. (2. 20).

345) L. 134 pr. de V. O. (45. 1). 'Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta. L. 2 Cod.

theil fest.[346]) Betrachtet man die Frage von vornherein, so muß die angebliche Klagbarkeit derselben höchst bedenklich erscheinen. Die Ehe frei und jeden Moment lösbar, die Sponsalien bindend — das wäre ein seltsamer Widerspruch. Woher käme den Sponsalien eine stärkere Kraft, als der Ehe, während man doch eher das Entgegengesetzte erwarten sollte? Und welchen praktischen Nutzen hätte sie gehabt? Wenn der Bräutigam oder der Vater der Braut sich der Eingehung der Ehe widersetzten, so hätten sie, meint man, mit der act. ex sponsu gezwungen werden können.[347]) Allein was half der Zwang, wenn beide gleich hinterher die Ehe wieder trennen konnten? Damit war ja der Weg gewiesen um die Klagbarkeit der Sponsalien völlig zu vereiteln, und ich meine, den Römern sollte man am wenigsten ein so nutzloses Spiel mit einer Klage zutrauen. Die Idee der Klagbarkeit stützt sich auf die Autorität des Varro; welche Bewandniß hat es mit letzterer? Der Ausdruck spondere, sponsio bezeichnete zu Varro's Zeit einen civilrechtlich obligirenden Akt, die Stipulation, und für einen Etymologen und Nichtjuristen lag der Irrthum nahe, den Umstand, daß jener Ausdruck auch bei dem Verlöbniß wiederkehrte (sponsalia, despondere, sponsus u. s. w.) und daß das Verlöbniß in Form der Stipulation abgeschlossen ward (spondesne gnatam tuam? spondeo), durch die Annahme zu erklären, daß die Sponsalien ursprünglich ganz die Kraft der gewöhnlichen sponsio gehabt hätten.[348]) Dazu kam, daß dieser

---

de inut. stip. (8. 39.) Libera matrimonia esse antiquitus placuit. L. 14 Cod. de nupt. (5. 4) l. 19. l. 71 §. 1 de V. O. (45. 1).

346) Eine indirecte Bestärkung durch arrha war auch hier möglich, enthielt aber keine Ausnahme, insofern ja die Wirksamkeit dieses Mittels die Erhebung einer Klage nicht erforderte. L. 38 pr. de R. N. (23. 2). Isidor. Orig. IX. 8. §. 4, 5.

347) Hinsichtlich des Vaters kann man sich auf ein ausdrückliches Zeugniß von Varro de L. L. VI. §. 72 berufen, allein wie gering die Autorität des Varro bei dieser Frage ist, wird nachher gezeigt werden.

348) Isidor. IX. 8, 3 geht gleichfalls von der Idee aus, daß das spondere hier eine juristische Verbindlichkeit habe begründen sollen, bezieht

postulirte Rechtssatz in der That in Latium bis zur lex Julia (664) Geltung gehabt hatte,[349]) was dem Varro, der sein Werk de lingua latina kaum 50 Jahre später schrieb (frühstens 706) nicht unbekannt gewesen sein mag. Daß jene beiden Momente den Schluß nicht begründen, läßt sich leicht zeigen. Denn sponsio bezeichnet ursprünglich keineswegs eine civilrechtliche, sondern eine religiöse Verpflichtung (§. 18), und daß das Recht Latiums ihm eigenthümlich gewesen und in Rom gar nicht gegolten hat, geht aus der Darstellung des Gellius deutlich hervor. Daß aber Varro bei dieser Frage nur Schlüsse machte, nicht berichtete, und daß seine Autorität hier eine höchst problematische ist, wird sich schwerlich in Abrede stellen lassen. Im §. 71 spricht er von der verbindenden Kraft der Sponsalien als von einem Rechtssatz, der mit den Einrichtungen der früheren Zeit zusammengehangen habe, und deutet damit an, daß derselbe zu seiner Zeit nicht mehr gelte. Im §. 72 aber behandelt er die act. ex sponsu als eine noch zu seiner Zeit praktische Klage (qui dixit ... cum eo non potest agi ex sponsu), während dies doch nach dem Zeugniß von juristischen Gewährsmännern, wie Servius und Neratius[350]) entschieden falsch ist.[351])

es aber auf die Ehegatten und läßt den sponsus sponsores dafür bestelle n.§. 6 ibid.

349) Gellius IV, 4.

350) In der Stelle von Gellius, wo sie nämlich bemerken, daß das eigenthümliche Recht Latiums mit der lex Julia abgekommen sei.

351) Was die sonstigen für die Klagbarkeit der Sponsalien geltend gemachten Gründe anbetrifft, so wird man, wenn man weiß, was die Römer unter fides verstanden (ich erinnere an fideicommissa d. h. ins Gewissen geschobene, also rechtlich nicht verbindende Auflagen) in der Stelle aus Festus: consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos nur die zutreffende Charakteristik des Verhältnisses als eines rein moralischen erblicken, es aber schwer begreifen können, wie ein namhafter neuer Rechtshistoriker in der fides mutua eine Andeutung von gegenseitigen Stipulationen hat finden wollen. — Einer Exception bedurfte es im ältern Recht gegen eine angebliche act. ex sponsu ebenso wenig, wie gegen jede Klage, die ipso jure nicht begründet war. Gegen die Einklagung der Conventionalstrafe sichert freilich Paulus den Vater in der l. 134 pr. de V. O. (45. 1) durch eine

Die Freiheit des Erbrechts besteht in dem Recht der beliebigen Errichtung oder Aenderung letztwilliger Dispositionen.[352]) Alle Verträge oder Aenderungen, welche zum Zweck hatten, dieses Recht zu entziehen oder zu verkümmern, waren nichtig.[353])

Eins der interessantesten Beispiele bietet das Eigenthum,[354]) und unsere Frage hat hier eine ungemein hohe sowohl nationalökonomische als politische Bedeutung.

Das Eigenthum gewährt die Möglichkeit der unbeschränkten Benutzung und Verfügung über die Sache. Die Freiheit des Eigenthums würde sich also daran zu bewähren haben, daß

---

exceptio. Daß aber eine stipulatio contra bonos mores (und eine solche nimmt Paulus hier an) nur auf diesem Wege hätte entkräftet werden können (unter dieser Voraussetzung also im ältern Recht nicht, Gai. IV. §. 108) ist bekanntlich unrichtig, ja in der Regel wird sie geradezu als nichtig erklärt (ein Beispiel aus dem Eherecht s. in l. 19 ibid.), und schwerlich wird man doch sich zu der Annahme entschließen, daß das ältere Recht, welches keine Exceptionen kannte, alle Stipulationen einer Conventionalpön ohne Unterschied ihrer Tendenz für gültig erklärt habe.

352) Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 de adim. leg. (34. 4).

353) L. 34 Cod. de transact. (2. 4). L. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 15 Cod. de pact. (2. 3) .. libertatem testamenti faciendi. L. 61 de V. O. (45. 1). L. 17 pr. ad SC. Trebell. (36. 1). L. 15 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2). L. 5 Cod. de pact. conv. (5. 14). Eingehung einer Societät zu diesem Zweck l. 52 §. 9 pro socio (17. 2). Verträge, wodurch Jemand für den Fall, daß ihm eine Erbschaft anfallen sollte, sich zur Annahme oder Ausschlagung derselben im Voraus verpflichtet, sind gleichfalls ungültig, l. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 3 Cod. de collat. (6. 20). L. 16 de suis et leg. (38. 16), ob aber der Gesichtspunkt, daß die Freiheit des Entschlusses dem berufenen Erben nicht verkümmert werden dürfe, hier der entscheidende war, lasse ich dahin gestellt.

354) Auch aus dem Besitz läßt sich eins anführen, l. 12 de precar. (43. 26): Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Im Besitz liegt das Recht der Ausschließung jedes andern, es ist dies die Freiheit, die der Besitz mit sich bringt, folglich ein Vertrag, der diese Freiheit aufgibt, vom Standpunkt des Besitzes aus unwirksam. L. 2 §. 2 ibid.

Dispositionen des Eigenthümers, die eine Verkümmerung dieser Vollgewalt beabsichtigen, nichtig sein müßten. Nicht aber etwa Dispositionen, wodurch der *Eigenthümer* nur sich selbst bindet oder sein Recht aufgibt z. B. Verkauf, Tradition der Sache, — mittelst ihrer bethätigt er ja gerade seine Herrschaft als Eigenthümer — sondern nur diejenigen, wodurch das Eigenthum selbst ergriffen, die Sache belastet, gebunden wird. Der Unterschied liegt auf der Hand; dort betrifft die Verfügung nur das relative Verhältniß *dieses* Eigenthümers zur Sache, der absolute Gehalt des Eigenthums aber wird gar nicht vermindert, der Nachfolger hat ein völlig ungeschwächtes und unverkürztes Eigenthum; hier hingegen würde die Wirkung der Disposition in einer jedem Innehaber in gleicher Weise fühlbaren Verminderung des absoluten Eigenthumsgehalts bestehen. Diese Verkürzung des Eigenthumsgehalts könnte entweder das Veräußerungsrecht zum Gegenstand haben (gänzliche Entziehung oder Erschwerung desselben z. B. Familienfideicommisse, bedingte Uebertragung seiner Ausübung = Pfandrecht) oder das Nutzungsrecht (totale oder partielle Uebertragung desselben auf einen andern z. B. usus fructus, servitutes praediorum, Zehnten, Reallasten u. s. w.).

Was ist nun von diesem System der Beschränkung des Eigenthums zu halten? Wenn dasselbe nicht in die nothwendigen engen Schranken (s. u.) eingeschlossen wird, so ist es der Ruin der Eigenthumsfreiheit, eine Versündigung gegen die Idee des Eigenthums. Das Anrecht auf Freiheit des Eigenthums, das jede neue Generation mit zur Welt bringt, wird durch den zeitweiligen Innehaber in einer leichtsinnigen Stunde consumirt; eine Uebereilung, ein Mißgriff schleppt sich fortan durch alle Jahrhunderte durch. Man schlage die Folgen nicht zu gering an. Ich lege das Hauptgewicht nicht sowohl auf die pecuniäre, als auf die *moralische* Werthverminderung der Sache. Der moralische Einfluß, den das Grundeigenthum auf den Eigenthümer ausüben kann und soll: das Gefühl der Sicherheit, Freiheit, Unabhängigkeit, die Liebe, die Anhänglichkeit an die Scholle, kann durch das einem Dritten zu-

stehende Recht der Einmischung und des Einspruchs ganz verkümmert werden. Ein freier Mann ein freies Gut, ein unfreies Gut ein dauerndes Zerwürfniß des Besitzers mit seinem Besitzthum, ein Verderb der Landwirthschaft. Dem Besitzer zu verstatten, beliebig sein Gut zu verkaufen, hat für den Staat keinen Nachtheil; dasselbe wechselt die Person, aber es selber bleibt, wie es war. Aber ihm zu erlauben, den nöthiggewordenen Verkauf dadurch zu umgehen, daß er intellectuelle Werththeile desselben veräußert, sich durch Auflage von ewigen Renten, Lasten u. s. w. auf die Sache Geld verschafft, heißt es in seine Hand geben, das Eigenthum seiner wohlthätigen Wirkungen auf die Gesellschaft zu berauben, es zu entnerven und abzutödten. Es findet hier nicht eine bloße Theilung des Grundwerths Statt, so daß der Empfänger des idealen Werththeils ebenso viel erhielte, als der Geber verlöre, sondern es geht hier ein beträchtlicher Theil geradezu verloren,[355]) ebenso als wenn Jemand z. B. von einem Kunstwerk ein Stück abreißen und verkaufen wollte, um nicht genöthigt zu sein, das Ganze zu veräußern. Der wahre Preis, um den das beschränkende Recht des Dritten erkauft wird, ist ein verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch sieches Eigenthum.

Dies die Gefahren und Nachtheile, die mit dem System der Eigenthumsbelastung, wenn es sich, wie dies bei uns in Deutschland der Fall war, in unbeschränkter Weise entwickeln kann, unzertrennlich verbunden sind. In dieser seiner ungehemmten Entwicklung wird es zu einem wahren Krebs des Eigenthums, der sich hinterher nur noch durch Gewaltmaßregeln exstirpiren läßt. Damit soll aber demselben seine Berechtigung innerhalb gewisser Schranken nicht abgesprochen werden. Die dabei in Betracht

355) Ein Gesichtspunkt, den Plinius epist. 7, 18 ganz richtig hervorhebt: me plus erogasse, quam donasse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas vectigalis infregerit, d. h. ich habe mehr verloren, als der andere Theil gewonnen. Plinius hatte, um zu Gunsten der Gemeinde eine Rente auf sein Grundstück zu legen, letzteres der Gemeinde mancipirt und es von ihr in Form des ager vectigalis zurückerhalten.

kommenden Gesichtspunkte sind das Maß der Belastung auf der einen, das Interesse oder Bedürfniß des Verkehrs auf der andern Seite. Die Römer mit ihrem wunderbaren Instinct haben von altersher die feine Gränzlinie, die hier das Rechte vom Verkehrten scheidet, richtig entdeckt. Die einzige Art der Belastung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, sind die Servituten;[356]) und sie waren schon in ihrem Begriff auf ein Maß zurückgeführt, in dem sie für das Eigenthum nicht bedrohlich werden konnten. Bei den Personalservituten lag die Schranke in ihrer vorübergehenden vergänglichen Dauer; sie erloschen mit dem Tode oder einer capitis deminutio des Berechtigten. Für die Prädialservituten war umgekehrt das Moment der Dauer ein wesentliches. Die Römer gehen von der Idee aus, das Verhältniß nachbarlicher Gefälligkeit und Aushülfe zwischen zwei Grundstücken verdient nur dann in Form der Servitut vermittelt zu werden wenn sowohl das Interesse von Seiten des einen, als die Leistungsfähigkeit von Seiten des andern Grundstücks dauernder[357])

356) Von dem Pfandrecht kann für die ältere Zeit nicht die Rede sein, da die fiducia eine Uebertragung, das alte pignus aber keine Belastung des Eigenthums enthält, und schwerlich bei Grundeigenthum vorgekommen sein wird. Höchstens ist die Subsignation der Grundstücke beim Aerar von Seiten der Staatsschuldner (Bachofen Pfandr. B. I. S. 217 fl.) zu nennen.

357) Hinsichtlich der Dauer findet eine Verschiedenheit derselben Statt, bestimmt durch die verschiedene Dauerhaftigkeit der praedia rustica und urbana. Bei beiden hat der Untergang der so zu sagen berechtigten Sache den Untergang der Servitut zur Folge, also z. B. das Abbrennen des Hauses, arg. l. 20 §. 2 de S. P. U. (8. 2). Wollte man einer für ein Haus bestimmten Servitut z. B. einer serv. altius non toll. eine von dem Untergang des Hauses unabhängige Existenz geben, so hieß das, sie statt an die superficies an das solum knüpfen (l. 3 de serv. [3. 1]); umgekehrt konnte man eine in der Regel an das solum gekettete Servitut an die superficies knüpfen (l. 13 pr. de S. P. R. [8. 31]), z. B. eine Weggerechtigkeit, wovon die Folge war, daß die Servitut mit dem Untergang des Quasi-Subjects, des Hauses, hinwegfiel. Wenn nicht gesagt war, wie die Partheien sich das Verhältniß gedacht hatten (z. B. ein Hausbesitzer läßt sich einen Weg über den benachbarten Hof bestellen: inhärirt die Servitut der superficies oder dem solum?), so präsumirte man je nach Verschiedenheit des Inhalts bald das eine

Art ist; für vorübergehende Verhältnisse dieser Art ist die Obligatio ebenso sehr die entsprechende Form, wie sie umgekehrt bei ihrer Empfindlichkeit gegen den Wechsel der Besitzer für jene Verhältnisse durchaus ungeeignet sein würde. Die Garantie, die bei den Personalservituten in dem Moment der Vergänglichkeit lag, mußte daher bei den Prädialservituten in der Beschränkung des Inhalts der Servitut gesucht werden. Das Prinzip war: die Prädialservituten haben nicht den Zweck, dem Besitzer Vortheile zuzuwenden, die ihm bloß persönlich einen Gewinn oder eine Annehmlichkeit gewähren, sondern sie sollen ein Interesse des herrschenden Grundstücks befriedigen, ihm so zu sagen behülflich sein, seine ökonomische Bestimmung zu erreichen. Welcher Servituteninhalt nach diesem Gesichtspunkt möglich sei, hatte die Praxis entschieden; es läßt sich kaum bezweifeln, daß hier eine allmählige Entwicklung

---

bald das andere, und mit Rücksicht hierauf hatte die Praxis eine Klassifikation der verschiedenen möglichen Servituten vorgenommen; wir besitzen sie in der bekannten Liste der Servitutes Praediorum urbanorum und rusticorum. Dies war meiner Ansicht nach der praktische Zweck jener Eintheilung. Ebenso präsumirte man, wenn aus der Zahl jener Servituten eine bestellt war ohne Angabe, ob sie ihm schlechthin (als Personalservitut) oder ihm nur in seiner Qualität als Eigenthümer dieses Grundstücks zustehen solle, für letzteres. Das Motiv, das ich hiermit der Eintheilung der Servituten unterschiebe, beruht auf einem praktischen Bedürfniß, das sich überall geltend machen wird. Eine nähere Ausführung wäre hier nicht am Platz, ich bitte aber jeden, der meine Ansicht einer Prüfung würdigen will, die in einer ganzen römischen Servitutentheorie mit Nothwendigkeit liegende Consequenz, daß die S. P. U. mit dem praed. urbanum untergehn muß, nicht außer Acht zu lassen. Eine S. P. U. bestellen hieß bei den Römern eine Servitut auf die Dauer eines Gebäudes beschränken.

In das Bewußtsein der heutigen Praxis ist jene Consequenz, daß mit dem Gebäude auch die demselben zustehende Servitut untergeht, nicht übergegangen; bei uns werden im Zweifel alle Prädialservituten als S. P. R. behandelt und bloß in dem Fall, wenn die Partheien die Servitut nachweisbar nur für dies bestimmte Gebäude, so lange es als solches existirt, bestimmt haben, kömmt bei uns eine S. P. U. im römischen Sinn vor. Für eine solche würde unsere heutige Jurisprudenz, so wie sie jenen Unterschied der S. P. U. und R. aufzufassen pflegt, gar keine Bezeichnung haben.

Statt gefunden hat, daß man die Servitut ursprünglich mehr auf die Fälle eines eigentlichen Bedürfnisses einschränkte (Weggerechtigkeiten und Wasserservituten), später aber den Maßstab des Bedürfnisses mit größter Freiheit handhabte.[359])

Die Servitut war Jahrhunderte lang hindurch in Rom das einzige Verhältniß, mittelst dessen der Eigenthümer die Freiheit des Eigenthums beschränken konnte, und ganz treffend redete die Sprache hier von einem Zustand der Unfreiheit der Sache selbst (servit praedium, servitus), wie bei Aufhebung desselben von einer Wiederherstellung der Freiheit (usucapio libertatis; praedium liberum). Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers war hier in so enge Gränzen eingeschlossen, daß dem Eigenthum eine erhebliche Gefahr nicht drohte. Im übrigen aber hatte der Eigenthümer über die Freiheit des Eigenthums keine Macht; sich selbst konnte er binden und ruiniren, das Eigenthum und den zukünftigen Eigenthümer nicht. Die Verschiedenheit, die in dieser Beziehung zwischen dem römischen und dem modernen Recht besteht, ist namentlich für das Erbrecht interessant. Die Gegensätze zwischen Freiheit und Gebundenheit haben sich hier in eigenthümlicher Weise verschoben. Nach römischem Recht beschränkt sich die testamentarische Dispositionsbefugniß lediglich auf das relative Verhältniß des Eigenthümers zum Eigenthum; sein Recht kann er vermachen, wem er Lust hat, in dieser Beziehung ist er völlig unbeschränkt. Dagegen den absoluten Gehalt des Eigenthums kann er abgesehn von der Anordnung von Servituten nicht verkürzen, der Erbe bekömmt das Eigenthum in der ganzen Freiheit, die der Eigenthumsbegriff in sich schließt. Bei den modernen Völkern gerade umgekehrt; in jener Richtung Beschränkungen der Dispositionsbefugniß, in dieser eine Erweiterung derselben bis zu dem Grade, daß der Wille des Testators das Eigenthum für alle Zeiten so zu sagen lahm legen

359) E. Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servit. rust. und urb., R. Elvers die Servitutenlehre Bd. 1 S. 1—16. und das vorliegende Werk III. 321.

kann (Familienfideicommisse u. s. w.). Ich will die Trifftigkeit des Motivs dieser Verschiedenheit nicht verkennen, nämlich die Rücksicht auf die Familie, und am wenigsten hinsichtlich des ersten Punktes. Was aber den zweiten betrifft, so muß man, um ein richtiges Urtheil über denselben zu gewinnen, sich nur vergegenwärtigen, wohin es führen würde, wenn nicht bloß ein einzelner Stand, sondern alle Klassen des Volks in größerem Maßstabe von jener Befugniß Gebrauch machen würden. Das ganze Eigenthum im Staat könnte auf diese Weise einer rechtlichen Erstarrung anheim fallen, die Freiheit des Verkehrs für ewige Zeiten gelähmt, der Fortschritt namenlos erschwert, ja vielfach völlig unmöglich gemacht werden. Entspricht das — vom nationalökonomischen Gesichtspunkt ganz zu schweigen — der Idee des Rechts? Hat die Gegenwart das Recht, der Zukunft Fesseln anzulegen, sie unter eine cura prodigi zu stellen? Man möge eine solche Institution aus politischen Gründen als Privilegium eines einzelnen Standes rechtfertigen — darauf will ich mich nicht einlassen; aber man möge aufhören, uns dieselben vom rechtlichen Standpunkt aus zu rühmen und dem römischen Recht einen Vorwurf daraus zu machen, daß es dieselbe nicht geduldet hat. Gerade hier hat das römische Recht in meisterhafter Weise das der Idee des Rechts Entsprechende gefunden, und nirgends zeigt sich wohl die Hohlheit aller jener Phrasen von dem unsittlichen Charakter des römischen Freiheitsbegriffs so sehr in ihrer wahren Gestalt, als bei dem Gesichtspunkt, den wir in dem gegenwärtigen Paragraphen durchgeführt haben, und den wir schließlich in den Satz zusammenfassen wollen:

> daß die Freiheit als Bedingung sittlicher Entwicklung etwas über dem Menschen Erhabenes ist, ein Gut, das er rechtlich weder sich selbst, noch seinen Nachkommen verkümmern kann.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklav der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats.

XXXIV. Nachdem wir jetzt das System der subjectiven Freiheit nach seinem Inhalt und Umfang haben kennen lernen, bleibt uns noch eine Frage übrig, die für die richtige Beurtheilung desselben von entscheidender Bedeutung ist, und die wir kurz dahin ausdrücken können: beruhte dies System auf einem negativen Verhalten des Staats zum Individuum oder auf dem positiven Willen desselben? Mit andern Worten: ging der römische Staat von der Vorstellung aus, daß die subjective Rechtssphäre, soweit nicht sein eignes unmittelbares Interesse ins Spiel komme, für ihn etwas Gleichgültiges sei, daß er wenigstens nicht das Recht oder den Beruf habe im Interesse der privaten Wohlfahrt beschränkend in dieselbe einzugreifen? Oder aber: unterließ er letzteres, weil er positiv diese Freiheit wollte, weil sie ihm unentbehrlich erschien? In ersterem Fall würde sich der Indifferentismus des Staats gegen das individuelle Wohl als der Umstand bezeichnen lassen, dem unser System sein eigentliches Gedeihen zu verdanken gehabt hätte, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß dasselbe unter dieser Voraussetzung eine sehr rohe Auffassung vom Beruf des Staats bekunden, der culturhistorische Höhepunkt desselben mithin kein sonderlich hoher sein würde. Ich halte diese Auffassung für entschieden verkehrt und hoffe sie im folgenden vollständig widerlegen zu können. Sie ist zwar meines Wissens noch von Niemanden geradezu bewußt aufgestellt und vertheidigt — man würde sich dann wohl von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben — aber Anklänge an dieselbe sind mir doch nicht selten begegnet, und ganz abgesehen davon ist die Frage für unsere ganze Untersuchung zu wichtig, als daß wir ihr aus dem Wege gehen dürften.

Schon unsere bisherige Darstellung setzt uns in Stand, uns von der Irrigkeit jener Auffassungsweise zu überzeugen. Der Gesichtspunkt nämlich, den wir im vorigen Paragraphen gefunden haben, documentirt eine positive Pflege der Freiheit von Seiten des Rechts, lehrt uns, daß dieselbe nicht als etwas lediglich dem subjectiven Belieben Anheimfallendes angesehen, sondern in ihrer Gegensätzlichkeit zur subjectiven Laune und Willkühr richtig erkannt und geschätzt ward, mit anderen Worten, daß sie einen objectiven Gedanken des Rechts bildete.

Es soll jetzt noch auf anderem Wege die Irrigkeit jener Auffassung nachgewiesen werden, dadurch nämlich, daß wir die Frage aufwerfen und beantworten, ob denn der römische Staat das Subject ganz seinem Schicksal überlassen, sich um das Wohl und Wehe desselben, um die Privatinteressen und das Leben und Treiben innerhalb der privaten Rechtswelt gar nicht gekümmert habe. Gelingt es uns das Gegentheil nachzuweisen, so wird damit jeder Zweifel über das wahre Verhältniß des Staats zum System der Freiheit beseitigt sein.

Daß das Verhältniß des Bürgers zum Staat in Rom ein viel innigeres war als heutzutage ist bekannt. Das römische Rechtsgefühl wußte allerdings das Recht des Einzelnen von dem des Staats sehr genau zu trennen, und wenn wirklich die naturrechtliche Doctrin, wie neuerdings behauptet ist, den Gedanken einer solchen Scheidung erst dem römischen Recht hätte entnehmen müssen, so würde ein wirklicher Vorwurf für uns nur darin gefunden werden können, daß wir die einfache Wahrheit, daß die Persönlichkeit ihr Recht mit auf die Welt bringt, ein Recht von Gottes Gnaden, das jeder Staat respectiren soll, nicht selber gefunden haben. Mit dieser Abgränzung der Rechtssphären des Staats und des Einzelnen vertrug sich aber in Rom das innigste Verhältniß beider sehr wohl, so wie ja auch die rechtliche Verschiedenheit zweier Personen ihrer völligen Einigung in der Liebe nicht im Wege steht. Die Liebe verlangt keineswegs, daß die rechtliche Scheidelinie hinwegfalle, für *sie* existirt diese Schranke nicht,

sie überspringt sie. So postulirte das römische Rechtsgefühl jene Demarcationslinie zwischen dem Recht des Subjects und dem des Staats, aber nicht, damit sich eine egoistische, engherzige Gesinnung in Sicherheit hinter dieselbe zurückziehe, sondern damit die freie Hingabe und Aufopferung ihren Werth und ihre Ehre habe. Wie kalt, wie fremd, wie liebeleer ist im allgemeinen das heutige Verhältniß des Bürgers zum Staat; wie warm, wie innig, wie von wirklicher Liebe beseelt in Rom! Der heutigen Vorstellung erscheint der Staat als abstracte dem Einzelnen gegenüber stehende Persönlichkeit, der römischen als die höhere, den Einzelnen umfassende und durch ihn mitgebildete Einheit. Die Interessen des Staats sind daher nicht bloß mittelbar, sondern unmittelbar seine eignen, so wie es die der Societät für den Gesellschafter sind; Hingabe an den Staat ist folglich nicht Hingabe an etwas Fremdes, sondern Unterordnung der rein particulären Zwecke unter die gemeinsamen, des specielleren Interesses unter das allgemeine.

Bei diesem Verhältniß zwischen dem Staat und seinen Bürgern, bei dieser innigen Verschlingung ihrer beiderseitigen Interessen verstand sich die Fürsorge des Staats für das Wohl des Bürgers eigentlich ganz von selbst. Die Energie, mit der er die Rechte seiner Bürger nach außen hin vertrat, ist bekannt; wir werden nur die Vorsorge des Staats in ihrer Richtung nach innen hin einer nähern Betrachtung zu unterwerfen haben, namentlich in Anwendung auf das ökonomische Loos der ärmern Klassen.

Von altersher gab es in den römischen Zuständen Einen höchst bedenklichen Punkt, vielleicht läßt er sich geradezu als der Todeskeim bezeichnen, an dem die römische Gesellschaft zu Grunde gegangen ist. Es war dies die schadhafte Gestaltung des Systems der Gütervertheilung und Vermögenscirculation. Die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter ist das unausbleibliche Resultat des freien Verkehrs, und überall wiederholt sich das Uebergewicht des großen Vermögens über das kleine, die Erscheinung, daß die Güter am liebsten dahin strömen, wo sie sich bereits in größeren Massen angesammelt haben. In Rom war aber dieser Andrang

durch eigenthümliche Verhältnisse in ungewöhnlicher Weise gesteigert und umgekehrt das Rückströmen des Vermögens in die entblößten Theile äußerst erschwert. Nirgends ward der Reiche so leicht Millionär, der Unbemittelte so leicht Bettler als hier; nirgends war die Gränzlinie zwischen beiden Extremen so schmal und so schwer zu behaupten; ein Schritt nach der einen oder andern Seite, und lawinenartig wuchs die Noth oder der Ueberfluß.

Der Grund dieser Erscheinung lag zunächst in der ungleichen Vertheilung des Druckes, den die Kriege auf die ökonomische Lage der wohlhabenden und ärmeren Klasse ausübten. Die Kriege riefen allerdings den Reichen nicht minder als den Armen von seinen Feldern, aber mit dem höchst einflußreichen Unterschied, daß die des Armen inzwischen unbebaut liegen blieben, die des Reichen aber von Sklaven bebaut wurden.[363]) In ältester Zeit freilich, als die Kriege mehr den Charakter von Raubzügen trugen, mochte die Feldarbeit kaum darunter leiden; sie wurden in der Regel in Zeiten verlegt, wo es auf dem Felde nichts zu thun gab. In demselben Maße aber, als die Kriege an Bedeutung gewannen, der Kriegsschauplatz ein entfernterer, die Dauer des Feldzuges eine längere ward, in demselben Maße mußte die Landwirthschaft die nachtheiligen Folgen verspüren. Aber, und dies ist der entscheidende Punkt: nicht schlechthin — das hätte zwar den Wohlstand des gesammten Volks beeinträchtigen, nicht aber das Verhältniß des Besitzstandes der einzelnen Klassen so völlig verschieben können. Entscheidend war hier vielmehr der Unterschied in der Bewirthschaftung des Landes, ob der Besitzer seine Felder selbst bestellte oder sie durch Sklaven bewirthschaften ließ. Der letztern

363) Hierauf legt auch Appian. de bello civili 1, 7 allen Nachdruck, nur hat er, was die Folgen dieses Unterschiedes anbelangt, schwerlich den eigentlich entscheidenden Punkt getroffen, sondern sich an ein weniger wesentliches Moment gehalten. Er motivirt nämlich den Reichthum der großen Grundbesitzer dadurch, daß ihre familia rustica sich wegen ihrer Befreiung vom Kriegsdienst ins Unermeßliche habe vermehren können, während die freie Bauernbevölkerung durch die Kriege decimirt worden sei.

Methode der Bewirthschaftung war der Krieg ungefährlich, da er ihr keine Arbeitskräfte entzog, für die erstere hingegen bedeutete jeder Krieg von längerer Dauer eine Störung, wohl gar einen völligen Stillstand der Cultur. Daß aber jene Bewirthschaftungsmethode für kleinere Grundstücke, die nur den Mann selbst nährten, die Haltung von Sklaven also weder erforderten, noch ertrugen, ebenso unanwendbar, wie umgekehrt für größere Güter geboten war, braucht kaum gesagt zu werden.

Diese eine Differenz war äußerst folgenreich. Es ist bekannt, daß jeder Ausfall in der Aerndte ein Steigen der Preise zur Folge hat. Die Entwicklung des heutigen Handels, die Sicherheit, Raschheit, Leichtigkeit unseres Transportsystems bewirken, daß diese Steigerung sich heutzutage über die weitesten Kreise vertheilt und dadurch für die von dem Ausfall unmittelbar betroffenen Gegenden verhältnißmäßig auf ein Minimum reducirt wird. Ganz anders im Alterthum. Der Kornhandel ward allerdings auch damals schon mit einer gewissen Großartigkeit betrieben, aber er hatte doch weder die Universalität hinsichtlich seiner Ausdehnung, noch auch die innere Organisation gewonnen, daß er eine solche wohlthätige Wirkung in größerm Maßstabe hätte ausüben können. Der Kornwucher, der heutzutage durch die moderne Gestalt des Kornhandels in die engsten Gränzen eingeschlossen ist, konnte sich aus dem Grunde im Alterthum bis zu furchtbarer Höhe steigern.[364]) Dazu kam ganz abgesehen von der Unvollkommenheit des Transportsystems die durch Piraten und völkerrechtliche Verhältnisse bewirkte Unsicherheit des Handels. Daher der locale Charakter der Theuerungen und das enorme und fast unglaubliche Schwanken der Getraidepreise.[365])

---

364) S. darüber z. B. Böckh Staatshaushaltung der Athener Bd. 1 Buch 1, §. 15.

365) Hinsichtlich Griechenland ist dies von Böckh a. a. O. nachgewiesen. In Athen, wo der Medimnus unter Solon 1 Drachme gekostet hatte, stieg er einmal auf 16. Für Rom hat C. F. L. Schultz Grundlegung zu einer gesch. Staatswissenschaft der Römer S. 502 u. fl. das Gegentheil behauptet,

Machen wir davon nun die Anwendung auf unsere vorliegende Frage, so können wir uns selbst sagen, wie der durch die Kriege veranlaßte Ausfall in der Aerndte wirken mußte. Die Preise gingen sofort in unverhältnißmäßiger Weise in die Höhe, die Reicheren, die allein im Stande gewesen wären, im größeren Maßstabe Kornzufuhren zu bewerkstelligen und dadurch die Preise hinunterzudrücken, hatten ein Interesse daran, daß dies nicht geschah,[366]) denn gerade sie allein befanden sich in der Lage verkaufen zu können, und beuteten in jeder Weise die Conjunctur aus — finanziell und politisch.[367]) Daher ihr Haß gegen den Sp. Mälius,

---

allein für die ältere Zeit gewiß mit Unrecht. Allerdings trat späterhin in demselben Maße, als Rom seine Herrschaft erweiterte, und als damit der Kornhandel an äußerer Sicherheit und geographischer Ausdehnung gewann, eine größere Gleichmäßigkeit der Kornpreise ein, allein selbst auch noch für diese Zeit weiß die Geschichte von auffallenden Schwankungen der Preise zu berichten. Im Jahre 544 kostete nach Polyb. 9, 44 der Medimnus (6 Modii) sicilischen Getraides in Rom 15 Denare, der Modius also, da der Denar damals 16 As galt, 40 As. Sechs Jahre später war der römische Markt dermaßen überfüllt (Liv. 30, 38), daß den Schiffern die Ladung für die Fracht überlassen ward. Der Satz, für den Sicilien den Römern das Korn zu liefern hatte, war 3 und 4 Sesterzen für den Modius. Bei den öffentlichen Getraidespenden ward der Modius für 1 As und darunter abgegeben (s. u.). Von dem Aedilen C. Sejus, der bei einer Theuerung diesen Preis innegehalten, berichtet Cicero de off. II. 17, daß er keinen so sehr großen Schaden dabei gehabt habe. Im Jahre 314 war einmal durch besondere Umstände (Liv. IV. 12—16) der Marktpreis an drei aufeinander folgenden Markttagen auf 1 As herabgedrückt (Plin. Hist. Nat. 18, 4), und ein ähnliches Fallen kam späterhin noch einige Male vor. S. Niebuhr röm. Gesch. B. 1. Aufl. 4. S. 483. Die äußersten Schwankungen der Getraidepreise, die man von 1816 bis 1860 in Preußen beobachtet hat, betragen 1 zu 4, und dies auch nur bei einer einzelnen Fruchtsorte.

366) Plin. Hist. nat. 18, 4 deutet auf ihren nachtheiligen Einfluß in dieser Beziehung hin (latifundia) singulorum arcentium vicinos. Kein Wunder, daß ein Zustand eintrat, der fast der Absperrung gleich kam. Liv. 2, 34 caritas annonae ex incultis per secessionem agris, fames deinde, qualis clausis foret.

367) Liv. 4, 12 . . regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto. Darauf ging auch die Absicht des Coriolan. Liv. 2, 34: si annonam veterem volunt, jus pristinum reddant Patribus. Um die

der ihnen in einem solchen Fall ihre Speculationen vereitelt hatte. Die gegen ihn erhobene Anschuldigung, daß er nach dem Königthum strebe, war mehr ein Vorwand zur Rache, als der wahre Grund derselben.[368])

Die Lage der Aermeren war bei so bewandten Umständen ganz unhaltbar.[369]) Bei unsern heutigen Verhältnissen kann ein gutes Jahr allen Schaden des vorhergehenden schlechten Jahres für den Landwirth wieder ausgleichen. In Rom war dies nicht möglich. Denn in einem Jahr des Ueberflusses, wo auch der Aermere volle Scheunen hatte und ans Verkaufen denken konnte, standen die Preise sehr niedrig, vielleicht um das Vierfache und Mehrfache niedriger, als zu dem er selbst kurz zuvor gezwungen gewesen war zu kaufen. Um das Kaufgeld aufzutreiben, hatte er zu enormen Zinsen Geld aufnehmen müssen. Die nächste Aerndte sollte Kapital und Zinsen decken; kam ein Kriegs- oder Nothjahr, so brachte dasselbe statt Hülfe doppelte und dreifache Lasten. Man hat den Grund der steten Verschuldung der Plebs in dem hohen Zinsfuß finden wollen. Letzterer war aber nur eine Wirkung des Uebels, nicht das Uebel selbst; ohne die angedeuteten Verhältnisse würde der kleine Grundbesitz dem großen Grundbesitz und Kapital nicht tributär geworden, der Zinsfuß selbst folgeweise kein so hoher gewesen sein.

---

zeitweise Nachgiebigkeit und politische Apathie der Plebs zu begreifen, darf man den Einfluß dieses Zwangsmittels nicht außer Acht lassen.

368) Liv. 2, 12—16. Aehnlich verhielt es sich wohl in andern Fällen z. B. bei Sp. Cassius, M. Manlius. Das eigentliche Motiv des Hasses lag nicht in den politischen Tendenzen des Gegners, sondern in den socialen Bestrebungen desselben, in den materiellen Nachtheilen, die man von seinen Neuerungen befürchtete. Man schob dann den Staat als den bedrohten Theil vor, während man doch nur die materiellen Interessen im Auge hatte.

369) Ein Seitenstück zu dem im Text geschilderten Verhältniß findet sich auch heutzutage nämlich im Weinbau, nur mit dem Unterschiede, daß die Ursachen, die hier dem großen Producenten ein so bedeutendes Uebergewicht über den kleinen geben, nicht in äußern Verhältnissen, sondern in der Natur des Weinbaues und Weinhandels ihren Grund haben. Riehl die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. 1851. S. 60 fl.

Jenes unnatürliche Uebergewicht, das dem bisherigen nach der reiche Grundherr über den kleinen Mann ausübte, ward noch dadurch erhöht, daß ersterer in der Lage war, letzteren von der Concurrenz an den Vortheilen des ager publicus fast gänzlich auszuschließen. Aber ganz abgesehen hiervon war jenes Uebergewicht schon bedeutend genug, um die bekannte Thatsache zu erklären, daß der kleine Grundbesitz sich neben dem großen nicht recht zu halten vermochte, und zum großen Theil von ihm absorbirt wurde.[370]) Das Mittel, das die lex Licinia (S. 143 fl.) dagegen ergriff, reichte nicht aus und, wie einmal die Verhältnisse lagen, gab es keins dagegen. Denn das einzige, was hätte helfen können, das Verbot der Bewirthschaftung durch Sklaven, war natürlich undenkbar; es hätte die Sklaverei selbst aufgehoben werden müssen! Die Bestimmung des Gesetzes, welche die Verwendung einer gewissen Anzahl freier Leute neben dem unfreien Gesinde vorschrieb, mochte den Nutzen haben, daß sie wenigstens einem Theile des ländlichen Proletariats ein angemessenes Unterkommen sicherte und die Bewirthschaftung der großen Güter um etwas vertheuerte, das Uebergewicht in der Concurrenz mit dem kleinen Grundbesitz also um ein geringes verminderte. Aber, wie schon gesagt, eine Abhülfe des Uebels selbst gewährte sie nicht, denn die Sklavenwirthschaft behielt immer zwei Vortheile die sich durch nichts wieder ausgleichen ließen, einmal die größere Billigkeit der Arbeit und folglich der Production, sodann der oben hervorgehobene Umstand, auf den ich ein noch höheres Gewicht legen möchte, daß nämlich ein Krieg die Wirthschaft der kleinen Bauern störte, die des großen Grundbesitzers aber nicht erheblich beeinträchtigte.[371])

370) Plinius H. N. 18, 7. Appian. 1, 7. Bei Cicero de off. 2, 21 die Aeußerung des Tribunen: non esse in civitate duo millia hominum, qui rem haberent. Liv. 7, 22 ... solutio aeris alieni multarum rerum mutaverat dominos.

371) Im Mittelalter war das Verhältniß das gerade entgegengesetzte. Der große Grundbesitzer, den vorzugsweise die Last der Kriegführung traf, wäre durch den kleinen total ruinirt worden, wenn er nicht durch andere Mittel das Gleichgewicht wieder hergestellt hätte.

Daß die lex Licinia ein Maximum des Grundbesitzes (500 Jugera) und des Viehstandes (100 Stück Großvieh, 500 Kleinvieh) festsetzte, war für die eigentliche Cardinalfrage gleichfalls gleichgültig. Ein Gut von jenem Umfange war ein großes in unserm Sinn,[372]) an einer Ausdehnung desselben über diese Gränze hinaus lag nicht viel. Die Maßregel konnte schließlich nur dem großen Grundbesitz zu gute kommen, denn wenn auch alles überschüssige Land ursprünglich in kleinen Parcellen an ärmere Leute verkauft worden wäre, so mußte dasselbe nach dem oben entwickelten Gesetz zum größten Theil sich bald wieder zu größeren Complexen von 500 Jugera zusammenfügen. Das einzige also, was die lex Licinia durch diese Bestimmung wirklich erreichte, war der Erfolg, daß sie die Zahl der *großen* Grundbesitzer vermehrte, im Interesse der *wohlhabenden* Klasse die Millionäre verhinderte, ihr Vermögen in Grundbesitz anzulegen. Uebrigens stieß das Gesetz schon von Anfang an auf so heftigen Widerspruch, daß es nicht einmal seine beschränkten Intentionen erreichte.[373])

Den Gefahren, die aus der Verdrängung oder der beträchtlichen Verminderung des freien Bauernstandes erwachsen mußten, hätte man begegnen können, wenn man denselben als Pächterstand wieder an den Grund und Boden gefesselt hätte. Allein das System der Verpachtung der Güter in kleinen Parcellen,[374]) wie es z. B. in England besteht, war den römischen Verhältnissen weniger entsprechend. Dieselben Mißstände, welche die Lage des kleinen Eigenthümers erschwerten, äußerten dieselben Wirkungen auch für den kleinen *Pächter*. Mit dem großen Grundbesitzer konnte nur der *große* Pächter concurriren. So dürfen wir annehmen,

372) d. h. auf Sklavenwirthschaft angewiesen. Das normale Maß des kleinen Grundbesitzes war bekanntlich 7 Jugera, in den ältesten Zeiten sogar nur 2.

373) Appian. 1, 8.

374) Ueber die verschiedenen Pachtsysteme, die zur Zeit der Republik vorkamen, s. K. W. *Nitzsch* die Gracchen und ihre nächsten Vorgänger. Berl. 1847. S. 188—190.

daß das System der eignen Bewirthschaftung das bei weitem vorherrschende blieb,[375]) wenigstens so lange, als in den geschilderten Verhältnissen nicht eine wesentliche Veränderung eintrat, wie sie in der Kaiserzeit Statt fand und zur Bildung des Colonats führte.

Zu dem socialen Schaden, den wir bisher behandelt haben, gesellte sich noch ein anderer nicht minder folgenreicher, der gleichfalls mit eigenthümlich römischen Verhältnissen eng zusammenhing. Für den Unbemittelten gab es in Rom Jahrhunderte lang nur Ein anständiges Erwerbsmittel, den Krieg. Der Römer faßte den Krieg als Erwerbsquelle auf, und es begreift sich von diesem Gesichtspunkt aus, daß man in dem Kriegsdienst nicht eine Last, sondern einen Vortheil erblickte. Das Heer nahm die Vertheilung der Beute als Recht in Anspruch, und die Ueberweisung derselben an den Schatz erschien demselben als ein Raub an seinen Rechten.[376]) Hinsichtlich dieser Erwerbsquelle bestand eine scheinbare Gleichheit aller Stände, aber in Wirklichkeit waren doch die Reichen im Vortheil, dadurch daß sie nämlich die Nutzung des eroberten und in ager publicus verwandelten Landes vorzugsweise in ihre Hände zu bringen wußten. Die übrigen durch die römische Sitte als anständig bezeichneten Erwerbszweige setzten sämmtlich Vermögen voraus, und zwar, um mit Erfolg betrieben zu werden, ein bedeutendes. Hinsichtlich der Landwirthschaft ist dies so eben gezeigt worden, dieselbe Erscheinung aber wiederholt sich überall, wo das Kapital arbeitet. Dem kleinen Kapital war der Zutritt zu den meisten Geschäften, zum eigentlichen Geldmarkt so gut wie verschlossen; es sah sich beschränkt auf den Kleinhandel und das

375) Die Römer waren der Verpachtung gar nicht geneigt. So z. B. Columella 1, 7, der sie nur ausnahmsweise und unter besondern Voraussetzungen zulassen will.

376) Liv. 2, 42 .. malignitate patrum, qui militem praeda fraudavere. Wie ergiebig diese Quelle mitunter war, geht aus Liv. 42, 32: quia locupletes videbant u. s. w. und 10, 25: mihi cordi est ut omnes locupletes reducam hervor.

Zinsgeschäft. Die Uebermacht, die das große Kapital an und für sich schon hat, war in Rom durch ein eigenthümliches Moment noch außerordentlich verstärkt, nämlich durch die sociale Gestaltung der Geldaristokratie zu einem eignen Stande, dem der Ritter. Die Basis und das Motiv dieses Standes bestand im Kapitalreichthum als solchem in Gegensatz zu dem Grundbesitz. Rührigkeit, Betriebsamkeit, Unternehmungsgeist sind die Eigenschaften, die ihn auszeichnen, er ist das einzige Element der römischen Gesellschaft, das sich, sowohl was seine äußere Stellung zwischen der Aristokratie und dem Proletariat als seine Sinnesweise und seinen Lebensberuf anbetrifft, mit dem heutigen Bürgerstande vergleichen ließe. Darin, daß die Geldmacht sich hier zu einem eignen compacten, von corporativem Geist beseelten Stande abgeschlossen hatte, zu einem Stande, der in der Staatsverfassung selbst seine bestimmte Stellung angewiesen erhalten hatte und durch sein festes Zusammenhalten und seine ausgedehnten Verbindungen eine unwiderstehliche Macht ausübte — darin liegt schon ausgesprochen, daß an eine Concurrenz mit ihm nicht zu denken, er vielmehr überall wohin er seine Speculationen ausdehnen wollte, des absoluten Monopols sicher war. Der Großhandel, die Pachtung der öffentlichen Abgaben, Uebernahme ausverdungener öffentlicher Lieferungen und Arbeiten, Geldgeschäfte im größern Maßstabe z. B. mit Staaten und Communen u. s. w. bildeten bekanntlich die Hauptgegenstände seiner Thätigkeit.

Was für Erwerbsquellen blieben nun außer den bisher genannten noch übrig? Diese Frage bringt uns auf den eben erwähnten zweiten Grundschaden der römischen Zustände. Heutzutage ringt das Talent und die Arbeit in tausend Formen mit dem Kapital. Die Kunst, die Wissenschaft, die Kirche, der Staatsdienst, der Kriegsdienst, das Handwerk, der Handel, die Fabrikation nehmen Tausende in Anspruch und gewähren Tausenden ihre Subsistenz. In Rom bestand aber hinsichtlich aller dieser Berufsarten und Erwerbszweige das eigenthümliche Verhältniß, daß sie, wenn sie nach Brode gingen, verachtet waren,

und wenn sie geehrt waren, nicht nach Brode gingen. Zur ersten Klasse gehören der Staatsdienst, die Kunst und Wissenschaft; der Kriegsdienst war in alter Zeit kein eigner Lebensberuf, sondern allgemeine Bürgerpflicht. Auf die eigentliche Handarbeit aber und selbst auf den Kleinhandel hatte das sociale Vorurtheil oder die Empfindlichkeit des republikanischen Stolzes einen Makel geworfen.[378]) Hier war die zweite Gelegenheit, wo sich das Institut der Sklaverei an den Römern in einer nicht minder empfindlichen Weise rächte als beim Grundbesitz. Wenn man die Sklaverei die Folie der römischen Freiheit genannt hat, wenn man das Sklaventhum als einen Abzugscanal bezeichnen könnte, in den die römische Freiheit alles Unsaubere, Unwürdige, alles, was das

---

378) Cicero de off. 1, 42. Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant, nihil enim proficiunt, nisi admodum mentiantur ... opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum habere potest officina .... mercatura autem ... sin magna et copiosa, multaque undique apportans multisque sine vanitate impertiens non est admodum vituperanda. Dionys. 9, 25. L. 22, 25 ... loco non humili, sed etiam sordido natus. Patrem lanium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis filioque hoc ipso in servilia ejus artis ministeria usum. Aur. Vict. de viris illustr. c. 72 .. nam pater ejus, quamvis patricius, ob paupertatem carbonarium negotium exercuit. Ipse primo dubitavit, honores peteret an (also als unvereinbare Gegensätze gedacht) argentariam faceret. Zu den Geschäften, quae in odia hominum incurrunt et improbantur, zählt Cic. de off. 1 c. 42 auch die der foeneratores, und ibid. 2 c. 25 läßt Cato auf die Frage: quid fenerari antworten: quid hominem occidere? — Es gab gewisse Gewerbe, welche die Stiftung ihrer Innung auf Numa zurückführten Plutarch. Numa 71. Huschke Verf. des Serv. Tullius S. 149, Th. Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum Kil. 1843 p. 27 sq. Daraus läßt sich auf das Alter dieser Innungen schließen, nicht auf ihr Ansehn. Die Handwerker-Centurien der Servianischen Verfassung (Tibicines, Cornicines und Fabri) waren keine Zünfte, sondern nichts anders als unsere heutigen Handwerkercompagnien und Regiments-Musikchöre beim Militär, wie ein Blick auf den militärischen Zweck jener Verfassung lehrt.

Gefühl der Ehre und Würde eines römischen Bürgers hätte beeinträchtigen können, entließ, so liegt darin zugleich, daß alle niedere Arbeit, die ausschließlich oder vorzugsweise dem Sklaven zugewiesen war, der Ehre verlustig ging, daß die Fertigkeit und Kunst eben dadurch, daß sie von Sklaven geübt ward, den Charakter einer ars illiberalis annahm d. h. eines Freien unwürdig erschien. Mit dem Sklaven hierin zu rivalisiren, sich über die herrschenden Vorurtheile hinwegsetzen, hieß auf Rang und Stellung im Leben verzichten, sich degradiren. Aber wer sich durch die Noth auch hierzu bestimmen ließ, ein wie ungünstiges Terrain fand er vor! Ueberall trat ihm die Concurrenz der billigen Sklavenarbeit hindernd in den Weg. Die grobe Handwerkerarbeit, alles, was zum regulären Lebensbedarf gehört, ward mit sehr unbedeutenden Ausnahmen in jedem größeren Hause durch Sklaven besorgt.[379]) Der Absatz war nach dieser Seite also vorzugsweise auf die untern Klassen beschränkt, mithin wenig ergiebig. Für die Handwerke aber, die eine höhere Geschicklichkeit und Uebung verlangten, gab es Officinen und Fabriken, die mit Sklaven betrieben wurden, neben denen also der freie Arbeiter, ganz abgesehen von dem erforderlichen Betriebskapital, bei gleicher Geschicklichkeit gar nicht, bei einem höhern Grade der Geschicklichkeit nur sehr schwer bestehen konnte. Im allgemeinen mußte sogar der Sklav den Vorsprung größerer Uebung und Fertigkeit voraushaben, aus dem einfachen Grunde, weil er sich ungestört und unausgesetzt seinem Geschäfte widmen konnte, während der freie Handwerker oft darin unterbrochen ward. Wenn der Sklav freigelassen wurde, so setzte er das Gewerbe fort, und ihm mit seinen geringen Ansprüchen, seiner größeren Uebung und der Protection eines mächtigen Patrons mochte dasselbe ein bescheidenes Auskommen gewähren, das dem freien Arbeiter weder sicher,

379) Gallus von Becker. Bd. 2 u. 3 der Ausg. von Rein. Eine Persiflage dieser Einrichtung s. bei Petronius Satiricon c. 38: Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur etc.

noch vielleicht genügend, keinenfalls aber verführerisch genug war, um Viele zu veranlassen, den Trotz und Stolz eines müßigen Proletariers mit der demüthigen Stellung eines solchen Arbeiters zu vertauschen. Der Uebergang von einer höhern gesellschaftlichen Stufe zu einer niedern hat etwas höchst widerstrebendes; wie heutzutage der verarmte Adlige es für nobler hält als aristokratischer Proletarier zu vegetiren, denn als tüchtiger Bürger sich einem ehrenwerthen Erwerb hinzugeben und selbst innerhalb des Bürgerstandes ein Individuum aus s. g. guter Familie lieber Abenteurer, Schauspieler u. s. w., als Handwerker wird, ebenso im alten Rom.

Wohin der Arbeit suchende Freie sonst noch sich wandte, überall begegnete er demselben Erbfeind: dem Sklaven. So in der Schifffahrt,[380]) im Handel,[381]) im Steuerwesen,[382]) selbst in den unteren Stellen der Staats- und Communal-Verwaltung (die servi publici). In allen diesen Fällen gesellte sich zu der größeren Billigkeit der Sklavenarbeit noch ein anderer Grund hinzu, der dem Sklaven vor dem Freien den Vorzug gab, der Umstand nämlich, daß man nach Grundsätzen des ältern Rechts zwar durch hausunterthänige, nicht aber durch dritte freie Personen erwerben konnte. Darin lag, daß in allen Verhältnissen, die den Abschluß von Rechtsgeschäften durch Mittelspersonen mit sich brachten, die Verwendung des Sklaven als Mittelsperson vor der des Freien entschieden den Vorzug verdiente. Auf Umwegen ließ sich zwar auch im letztern Fall das gewünschte Resultat

380) Man nahm nicht bloß Sklaven zu Matrosen (einmal sogar auf der Kriegsmarine Liv. 24, 11. 26, 35), sondern auch zur Stelle des Kapitän, wie aus der act. exercitoria hervorgeht.

381) Es bestand nicht bloß das dienende Personal häufig aus Sklaven (act. institoria), sondern oft hatten letztere auch selbst einen kleinen Handel (act. tributoria); dort versperrten sie den Freien den Platz, hier machten sie ihnen eine gefährliche Concurrenz.

382) Dasselbe erforderte ein großes Unterpersonal; die Publicanen fanden es begreiflicherweise am vortheilhaftesten dazu Sklaven zu nehmen (familiae publicanorum).

erreichen, aber der directe Weg hatte hier nicht bloß den Vortheil der Einfachheit, sondern auch den der größern Sicherheit. Die Uebertragung des erworbenen Rechts erforderte dort einen eignen Willensact der Mittelsperson, konnte also verzögert, verweigert, vereitelt werden u. s. w., hier erfolgte sie von selbst; dort hatte die Mittelsperson vollständige Dispositionsbefugniß über das erworbene Recht, hier nicht.

Selbst also innerhalb des Rechtsgebiets wiederholt sich für den Freien die Schwierigkeit einer Concurrenz mit dem Sklaven!

So war also im alten Rom die persönliche Erwerbsfähigkeit dem Kapital gegenüber völlig machtlos, das große Vermögen (Grundbesitz wie Kapital) hatte über das kleine ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht. Der Mittelstand, der bei einer gesunden Gestaltung der Verhältnisse das Gleichgewicht der Gesellschaft herzustellen hat, konnte in Rom nicht gedeihen. Auf der einen Seite häufte sich immer massenhafter der Reichthum an, auf der andern die Armuth und das Proletariat; was dort einem Einzelnen zufloß, hätte bei richtiger Vertheilung genügt, um Tausenden eine ehrenhafte Existenz zu gewähren. Seinen Culminationspunkt erreichte dieses Mißverhältniß zwar erst gegen das Ende der Republik, aber im mindern Grade war es von jeher vorhanden.[383])

Aus dem bisherigen ergibt es sich, daß das Proletariat für Rom eine unvermeidliche Folge seiner Einrichtungen war. Aus begreiflichen Gründen drängte dasselbe von allen Seiten Italiens vorzugsweise nach Rom zusammen, denn Rom war eine Stadt für Proletarier, wie sie nie dagewesen. Hier war es möglich mit Nichts und ohne Arbeit eine in gewissem Sinn behagliche Existenz

383) Mit Recht bemerkt Peter Geschichte Roms Bd. 1, S. 103, daß aus den Nachrichten über den Census des Servius Tullius zu entnehmen sei, daß „in der damaligen Zeit schon eine verhältnißmäßig bedeutende Ungleichheit des Besitzes bestand. Das Normalvermögen der letzten Klasse verhält sich zu dem der ersten, wie 1 zu 10; wie es aber viele Bürger gab, die den geringsten Satz der untersten Klasse nicht erreichten, ebenso fehlte es gewiß nicht an solchen, die den Satz der ersten Klasse und zwar theilweise um ein sehr Bedeutendes überstiegen."

zu führen, hier gab es ewige Zerstreuungen, Spiele, Feste, Spenden von Seiten des Staats und der Reichen. Hier war wenigstens das Elend glänzend, denn auch der Aermste sonnte sich in dem Glanz und der Herrlichkeit der römischen Macht, an der ja auch ihm ein Theil gebührte; auch der Bettler kam hier zu dem Gefühl seines Werthes als römischen Bürgers, und konnte in den Tributcomitien sein Stimmrecht ausüben und — verkaufen.

Die Verantwortlichkeit für eine solche Existenz durfte der Einzelne zu einem beträchtlichen Theil von sich ablehnen und dem Staat oder den socialen Einrichtungen zuschieben. Was geschah nun von Seiten des Staats, um das Uebel zu heben und zu lindern? Bevor wir diese Frage beantworten, muß noch auf eine Erscheinung des römischen Lebens aufmerksam gemacht werden, die hiermit im engsten Zusammenhang steht, und die denselben Grund und Zweck hatte, wie die Fürsorge von Seiten des Staats, ich meine die Liberalität der römischen Großen gegen die untern Stände. Dieselbe gewann im Laufe der Zeit eine so kolossale Ausdehnung, daß uns jeder Vergleich dafür fehlt. Den Grund derselben kann ich nicht in dem bloßen Streben nach Volksgunst und in der Bestechung des Volks zum Zweck der Wahlen erblicken — sonst müßte sich dieselbe Erscheinung auch in andern Republiken wiederholen — und noch weniger läßt sie sich aus dem Motiv der Wohlthätigkeit ableiten, denn diese Eigenschaft lag bekanntlich nicht im Charakter der Römer. Der tiefere Grund dieser Erscheinung ist vielmehr in den oben geschilderten Verhältnissen zu suchen. Es galt als sociale Pflicht der vermögenden Klasse, das Uebergewicht, das jene Einrichtungen ihr gewährten, durch Freigebigkeit gegen die Klasse, welche darunter zu leiden hatte, wieder auszugleichen, das Unrecht, das darin enthalten war, einigermaßen aufzuheben und erträglich zu machen. Welche Motive auch den Einzelnen bestimmen mochten: das objective Motiv war die Versöhnung des verletzten Gefühls der untern Stände mit einem socialen Unrecht. Daher die Richtung jener Freigebigkeit bisweilen auf eine ganze Klasse des Volks, daher die Bezeichnung

derselben als einer förmlichen Standespflicht und die Schimpflichkeit einer Ablehnung oder Umgehung derselben.[384]) Mit vollem Recht; es war ein Zeichen gemeiner, schmutziger Gesinnung, die Vortheile einer bevorzugten Stellung auszubeuten, ohne die entsprechenden Pflichten tragen zu wollen. „Auf jedem größern Besitz haftet, wie ein neuerer Schriftsteller sagt,[385]) gleichsam die moralische Schuldverpflichtung, einen Theil desselben neben dem egoistischen eignen Genusse zum Besten der Gesammtheit der Gesellschaft in Umlauf zu setzen." Die aristokratische Freigebigkeit diente in Rom wesentlich zur Ergänzung des Systems des Güter-Umlaufs, indem sie nämlich das Rückströmen des Vermögens in die leeren Theile, das durch die unvollkommene Organisation jenes Systems in nicht genügender Weise vermittelt ward, beförderte, der übermäßigen Anhäufung an den bevorzugten Punkten wenigstens in etwas abhalf.

Jene Freigebigkeit hatte also ein durchaus soziales, kein eigentlich moralisches Motiv; sie steht auf gleicher Linie mit unsern heutigen Standesausgaben, nur daß letztere freilich hinsichtlich des Maßes und der Ausdehnung gar nicht mit ihr verglichen werden können. Das eigne Interesse der höhern Stände erheischte sie als ein wesentliches Mittel zur Behauptung der Stellung, als eine Bethätigung ächt aristokratischer Gesinnung, die dem Volk imponirte und den Neid entwaffnete. Die untern wie die höhern Stände waren also gleichmäßig dabei betheiligt, jene Liberalität dem subjectiven Belieben zu entziehen und zu einer durch die Sitte gebotenen Pflicht zu erheben.[386]) Die hauptsächlichste Veranlassung, an welche die Volksansicht die Erfüllung dieser Pflicht

---

384) S. Cicero de offic. 2, 16. 17.

385) Riehl die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. u. Tübingen 1851, S. 178.

386) Cicero de off. 2, 16 ... tota ratio talium largitionum genere vitiosa est (es spricht der homo novus aus ihm) temporibus necessaria. ibid. 17. Mamerco homini ditissimo praetermissio aedilitatis consulatus repulsam attulit.

knüpfte, war die Bekleidung des ädilitischen und später auch des quästorischen[387]) Amtes, der erste Schritt, den man in der Regel zu machen hatte, um die höhern Stufen der Staatsverwaltung zu ersteigen. Der zukünftige Beamte hatte bei seinem Eintritt in den Staatsdienst gewissermaßen sein Eintrittsgeld zu entrichten,[388]) die Liberalität war hier die stillschweigende Voraussetzung einer erfolgreichen Führung des Postens, mittelst dieses Amts also als wesentliches Element in den Organismus der Staatsverwaltung aufgenommen. Ein Aedil, der sich der mühsamsten persönlichen Mühwaltung unterzogen, aber es sich nichts hätte kosten lassen, das munus patrimonii als ein munus personae behandelt hätte, würde nicht bloß die Gunst der getäuschten untern Stände, sondern die Achtung des gesammten Volks verloren und auf immer seine Aussichten auf Einfluß und abermalige Wahl verscherzt haben. Der Fall, in dem jene Verpflichtung der Aedilen sich zuerst und am natürlichsten ausbilden konnte, mag die Besorgung der öffentlichen Spiele gewesen sein. Der Staat schoß eine Summe dazu her (für die ludi magni 500,000 As), es verstand sich aber von selbst, daß wenn die Aedilen mit derselben nicht reichten, sie den Ausfall zu decken hatten, da es ihre Sache gewesen wäre, die Spiele von vornherein billiger einzurichten. Ebenso hat auch für die übrigen Ausgaben, die das ädilitische Amt mit sich brachte z. B. Lieferungen von Getraide, Oel ans Volk unter dem Einkaufspreis, Bewirthung desselben, Anlegung von Häfen, Wasserleitungen, Straßen, Theatern das öffentliche Geld ursprünglich den Stamm abgegeben, zu dem sich die eignen Auslagen des

387) Auct. de vir. ill. c. 17. Lucullus . . . . munus quaestorium amplissimum dedit. Suet. Domit. c. 4 . . . quaestoriis muneribus, quae olim omissa revocaverat. Nach dem Bericht von Tacitus erhob Claudius jene Pflicht der Sitte förmlich zum Gesetz, indem er die Quästoren verpflichtete, auf eigne Kosten Gladiatorenspiele zu veranstalten.

388) So faßt auch Cicero in der angeführten Stelle das Verhältniß auf, indem er meint, im Vergleich zu den Ehren, die ihm später zu Theil geworden, sei ihm das Eintrittsgeld nicht so hoch gekommen.

Aedilen nur als Zuschüsse verhielten. Jene öffentlichen Fonds bestanden theils aus Geldern, die für irgend einen bestimmten einzelnen Zweck aus dem Aerar bewilligt waren, theils — und hier mit freierer Dispositionsbefugniß für die Aedilen — aus Strafgeldern, die sie selber erkannt und beigetrieben hatten.[389] Es begreift sich leicht, daß die Beisteuer der Aedilen im Lauf der Zeit eine immer größere ward; ein ehrgeiziger, eitler, verschwenderischer Vorgänger zwang durch sein Beispiel den Nachfolger nicht gar zu weit hinter ihm zurückzubleiben, und so geschah es, daß sich der Aufwand schon frühzeitig[390] zu einer ungeheuren Höhe steigerte.[391]

Auch von andern Beamten und selbst von Privatpersonen werden Beispiele einer großartigen Munificenz gegen das Volk erwähnt.[392] Gegen das Ende der Republik finden wir das System des aristokratischen Aufwandes in seiner vollen Blüthe,

---

389) Decreta in eam rem pecunia und pecunia multatitia s. z. B. Livius 10, 23, 47. 31, 50. 33, 42. 38, 35. 39, 44.

390) Wie Cicero de off. 2, 16 sagt: intelligo in nostra civitate inveterasse jam bonis temporibus, ut splendor aedilitatum ab optimis viris postuletur. Liv. 32, 7; 33, 25

391) Dies ist bekannt, und darf ich mich auf einige Beispiele beschränken: Getraide- und Oellieferung ans Volk zu einem enorm niedrigen Preise Liv. 31, 50; 33, 42. Plin. H. N. 15, 1, Geldgeschenke an die Soldaten Liv. 33, 23 u. a., Anlegung von 170 Bädern auf eigne Kosten, Plin. H. N. 36, 15, von Theatern Vellej. Paterc. 2, 130 (munera Pompeji) u. s. w. In vielen Fällen, wo die römischen Berichterstatter der Anlagen und Leistungen gedenken, durch die ein Aedil sich den Dank und die Anerkennung des Volks erworben habe, bemerken sie nicht, ob er es auf eigne Kosten gethan, wir werden annehmen dürfen, daß letzteres gemeint und das Verdienstliche vorzugsweise hierin gefunden worden ist.

392) Getraidespenden Liv. 4, 13, visceratione (Vertheilung von Fleisch) Liv. 8, 22; 39, 46. Auct. de vir. illustr. c. 32., Auslösen von Schuldknechten. Dionys. 4, 9, 10. Liv. 6, 20. Eine Menge von Beispielen, die auf Inschriften vorkommen, s. bei Kuhn über die Munera der römischen Gemeinden in der Zeitschrift für Alterthumswiss. von Cäsar. 1854. H. 1. S. 11—15.

wir werden dasselbe im folgenden Buch berühren; ein näheres Eingehen auf dasselbe ist durch unsern gegenwärtigen Zweck nicht geboten.

Wir kehren jetzt zu unsrer obigen Frage zurück, nämlich was geschah von Seiten des Staats, um das materielle Loos der untern Klassen zu erleichtern? Die hauptsächlichsten Maßregeln, in denen sich die römische Wohlfahrtspolizei bethätigte, sind folgende:

1) Anweisung von Ländereien an die besitzlose Masse, sei es durch Anlegung von Colonien oder durch Assignation aus dem ager publicus. Unter allen Mitteln stand dieses in socialer wie politischer Beziehung oben an; es schaffte einen Theil der besitzlosen und unruhigen Masse aus der Stadt und gewährte diesem die Basis einer sittlichen Existenz. Die Römer betrachteten insbesondere die Ausführung einer Colonie als eine Art von Aderlaß,[393]) und es ist die Frage, ob der sociale Organismus Roms ohne das System solcher periodischer Aderlässe nicht bereits früher seinem innern Fehler erlegen wäre. Die Anwendung dieses Mittels reicht bis in die ältesten Zeiten hinauf;[394]) da während der Dauer der Republik die Eroberungen mit der Vermehrung des Proletariats gleichen Schritt hielten, so war ein stets wiederholter Gebrauch möglich.

Eine andere hierhin gehörige Maßregel war

2) die Einführung des Soldes.

Je weiter sich die Kriege von Rom entfernten, und je länger folgeweise ihre Dauer ward, um so mehr steigerte sich der Druck, mit dem dieselben gerade auf dem ärmern Theil des Volks lasteten.

---

393) Wenn nicht als Reinigung eines Sumpfes. Cic. de leg. agr. 2, 26 i. f.: urbanam plebem exhauriendam esse; hoc verbo usus quasi de aliqua sentina. Liv. 10, 6: Romae quoque plebem quietam et exoneratam deducta in colonias multitudo praestabat. 5, 24 ... multiplex seditio erat, cujus leniendae causa coloniam in Volscos, quo 3000 civium Rom. scriberentur, deducendam censuerant. Wachsmuth die ältere Geschichte des röm. Staats. S. 326 fl.

394) Engelbregt de legib. agrariis ante Gracchos. Lugd. Batav. 1842. p. 31.

Vermochte man auch die Verhältnisse, in denen dies seinen Grund hatte, nicht zu ändern, so konnte man doch durch jene Maßregel dies Mißverhältniß etwas ausgleichen, jedenfalls den Druck einigermaßen vermindern. Im Jahre 348 der Stadt gab die herrschende Parthei den darauf gerichteten Anforderungen der ärmeren Klasse nach.[395])

Ein Punkt von äußerster Wichtigkeit war

3) das Getraideweſen.[396])

Die Bemühungen der Staatsbehörde mußten in dieser Beziehung namentlich darauf gerichtet sein, einen möglichst gleichmäßigen Preis herstellig oder wenigstens die Schwankungen der Getraidepreise für die niederen Klassen unschädlich zu machen. Für gewöhnliche Zeiten gehörte das Getraideweſen zur Competenz der Aedilen, für besondere Nothzustände ward wohl ein eigner Beamter (praefectus annonae) oder eine Commission ernannt. Die Fürsorge dieser Personen äußerte sich zunächst darin, daß sie dem verderblichen Wirken des Kornwuchers entgegentra-

---

395) Liv. 4, 59. Einführung des Soldes, Vertheilung des ager publicus und Ausführung von Colonien werden um die Zeit als die Desiderien der Plebs und folglich als Lockspeise für sie gemeinschaftlich genannt. Liv. 4, 36. Agri publici dividendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et ... in stipendium militum erogandi aeris.

396) Außer den von Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterthümer Th. 3. Abth. 2. S. 88 genannten, unter denen namentlich die von E. Nasse Meletemata de publica cura annonae apud Romanos. Bonnae 1851 Hervorhebung verdient, s. noch Rudorff Röm. R.-G. I. §. 18 und Rubino de Serviani census summis disputatio partic. 1. (Marburger Lectionskatalog für das Sommersem. 1854), worin der Verf. u. a. nachweist (S. 24 fl.), daß die in asses angesetzten Preise der leges frumentariae vom Pfund-As (in der Praxis in der Regel nach einem absichtlich sehr ermäßigten Ansatz zu einem Sesterz gerechnet) zu verstehen sind. Der unglaublich niedrige Preis der Stellen in Anm. 401 hatte Schultz Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswiss. der Römer S. 509 zu dem willkührlichen Vorschlag verleitet, statt aeris: sestertiis zu lesen; Rubino hat uns jetzt die richtige Lösung gegeben, und es ist keins der geringsten Verdienste jener kleinen, aber werthvollen Gelegenheitsschrift.

ten,[398]) sodann darin,[399]) daß sie auswärts auf eigne oder auf Kosten des Staats Getraide aufkaufen und dasselbe zu einem mäßigen Preis an die Bedürftigen verabfolgen ließen. Völlig unentgeltliche Vertheilung des Getraides, wie gegen das Ende der Republik in Gemäßheit eines Gesetzes von Clodius kam anfänglich nicht vor. Daß aber der Staat oder der Beamte dennoch schenkte d. h. unter dem Einkaufspreis verkaufte, wird nicht bloß ausdrücklich gesagt,[400]) sondern es läßt sich auch von vornherein annehmen, daß er bei einem Preise von einem As und darunter für den Modius, wie er uns für verschiedene Zeiten bezeugt wird,[401]) nicht seine Rechnung finden konnte.[402]) Diese Sorge für das

---

398) Theils durch polizeiliche und kriminelle Verfolgung desselben, Liv. 38, 35. 4, 12: et objiciendo irae populi frumentarios, Rein Kriminalrecht der Römer S. 829, theils dadurch, daß sie mittelst der im Text besprochenen Concurrenz die Preise herabdrückten Plin. H. N. 18, 4. Tiberius zwang einmal die Getraidehändler zu einem ermäßigten Preise zu verkaufen, legte aber das Fehlende bei. Tac. Ann. 2, 87.

399) In der äußersten Noth ergriff einmal ein Praefectus annonae ein sehr gewaltsames Mittel, das freilich wie alle derartige Eingriffe seinen Zweck völlig verfehlte; er verordnete nämlich, daß jeder seine Vorräthe angeben und, soweit sie den Bedarf eines Monats überstiegen, verkaufen solle, Liv. 4, 12.

400) Plin. H. N. 18, 4 . . frumentum populo in modios assibus donavit.

401) Außer den Beispielen auf S. 223, Anm. 365 f. Liv. 30, 26. 31, 4 (quaternis aeris $^4/_{12}$ As), 30, 50 und 33, 42 (binis aeris $^2/_{12}$ As). Epitome 60 (lex frumentaria des C. Gracchus: ut semisse et triente [$^5/_6$ As] frumentum plebi daretur).

402) Der Preis war ein sehr niedriger, denn der Marktpreis des Weizens betrug in guten Zeiten etwa 3 Sesterzen für den Modius, also dreimal so viel als der Modius dem Volk abgelassen ward, wenn man das Pfund-As nur zu einem Sesterz rechnete. Nach Rubino's plausibler Annahme (a. a. O. p. 15, Note 5) wäre diese niedrige Berechnungsweise des aes grave gerade bei den Getraidevertheilungen zuerst aufgekommen. Mit dem Modius (ungefähr $^1/_6$ berl. Scheffel) reichte eine erwachsene Person, auch wenn sie sehr wenig andere Nahrung zu sich nahm, eine Woche. Soldaten erhielten im Monat 4 Modii, die Bürger bei späterer Getraidevertheilung 5, die Sklaven im Winter 4, im Sommer bei der härteren Arbeit 4½, der villicus, weil

Getraidewesen reicht in die ältesten Zeiten hinauf,[403]) nur beschränkte sie sich anfänglich auf wirkliche Nothfälle. Die etwaigen Kosten fielen damals noch ausschließlich der Staatskasse zur Last, und es läßt sich begreifen, daß der Senat nur bei dringenden Veranlassungen Zuschüsse aus dem Aerar bewilligte, und nicht ohne sich das Geschenk bezahlen zu lassen.[404]) Es war also eine wesentliche Verbesserung für die niedern Klassen, daß später die Aedilen anfingen, auf eigne Kosten billiges Getraide zu liefern. Außer diesen Lieferungen ward noch im Tempel der Ceres, der gewissermaßen das Amtslokal der Aedilen bildete, an diejenigen, die hierhin ihre Zuflucht genommen hatten, unentgeltlich Brod verabreicht.[405])

Im Laufe der Zeit dehnte sich die Fürsorge der Staatsbehörden auch auf andere Gegenstände des leiblichen Bedürfnisses aus, z. B. Salz, Oel, Bäder, Wasserleitungen.[405a]) Was namentlich das Salz anbetrifft, so ward schon in den ersten Jahren der Republik die Salzregie eingeführt, nicht aber in der Absicht, um darin eine neue Einnahmequelle für den Staat zu eröffnen, sondern um der künstlichen Theurung, die der Handel hinsichtlich dieses Artikels zu bewirken gewußt hatte, ein Ende zu machen.[406]) Im sechsten Jahrhundert legten zwei Censoren, von denen der

---

seine sonstige Kost besser war, nur 3. Cato de re rust. 56. Polyb. 6, 39. Welch geringen Werth das As schon in alter Zeit hatte, und wie sehr derselbe sich späterhin noch verminderte, kann hier nicht weiter ausgeführt werden.

403) Liv. 2, 9 (a. U. C. 246). 34 (262. si veterem annonam volunt). Dionys. 4, 22. Auct. de vir. ill. c. 7.

404) Darauf zielte der Vorschlag des Coriolan, Liv. 2, 34. 35. Liv. 4, 12 regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto.

405) Non. Marc. de propr. serm. I. §. 209 s. v. pandere.

405a) Selbst auf Unterstützung beim Bauen. Liv. 5, 55; 6, 4.

406) Liv. 2, 9. Salis quoque vendendi arbitrium, quia impenso pretio venibat, in publicum omni sumtu, ademtum privatis. Livius hätte sich kaum deutlicher ausdrücken können, und die Auffassung des Textes wird keiner Rechtfertigung bedürfen, es ist aber unglaublich, wie man ihn mißverstanden und an den Worten gekünstelt und experimentirt hat. S. Drackenborch zu dieser Stelle. Eine Salzsteuer wird schon dem Ancus

eine, M. Livius, daher den Beinamen Salinator erhielt, eine Steuer auf das Salz, und zwar in der Weise, daß die Lieferung des Salzes zu einem nach den verschiedenen Gegenden Italiens differirenden Preise verpachtet ward, wobei für Rom der bisherige Preis innegehalten werden mußte.[407])

4) Das Schuldenwesen.

Daß das Schuldenwesen für Rom eine ganz eigenthümliche sociale Bedeutung hatte, ist schon früher (S. 71) bemerkt. Für die Gegenwart kann von einer solchen Bedeutung kaum die Rede sein; es gibt keinen Stand der Gesellschaft, der heutzutage vorzugsweise dem Loose der Verschuldung ausgesetzt wäre, oder dem umgekehrt die Verschuldung der andern Klasse zu gute käme. Ganz anders in Rom. Die Verschuldung läßt sich hier als eine Epidemie bezeichnen, der die untern Schichten vermöge ihrer ungünstigen ökonomischen Situation fast ausschließlich ausgesetzt waren, und von der nicht Einzelne, sondern der ganze Stand in furchtbarer Weise und mit periodischer Regelmäßigkeit heimgesucht ward.[408])

Auf die Frage, wie der Staat sich dieser Thatsache gegenüber verhielt, können wir durch Verweisung über die novae tabulae (S. 70 u. fl.) und die Zinsbeschränkungen antworten; es möge an dieser Stelle nur noch ein Nachtrag Platz finden. Er betrifft einen Fall, den Livius uns aufbewahrt hat.[409]) Im Jahre 403, als die Schuldenlast wieder einmal eine unerträgliche Höhe erreicht habe, berichtet er, habe sich der Staat ins Mittel

---

Martius zugeschrieben, Auct. de vir. ill. c. 5, ebenso die erste Einrichtung der Salinen und das erste Geschenk von Salz an das Volk. Plin. H. N. 31, 41.

407) Liv. 29, 37. Worauf sich die Behauptung von Ruperti Handb. der röm. Alterth. 2. Th. S. 338 stützt, daß das Salzmonopol in Italien aufgehoben worden sei, kann ich nicht einsehen; Belege hat er nicht hinzugefügt.

408) Liv. 6, 36 gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domos.

409) Liv. 7, 21.

gelegt, um eine Abtragung der Schulden zu bewirken. Es sei eine Commission zu dem Zweck ernannt, derselben ein Fonds aus dem Aerar zur Verfügung überwiesen, und sodann ein Theil der Forderungen im Namen des Staats abgetragen und auf seine Rechnung übernommen, ein anderer dadurch erledigt, daß die Commission einen Accord zwischen Gläubiger und Schuldner, namentlich durch Abtretung von Sachen gegen billige Taxe zu Stande gebracht habe. So sei zur Zufriedenheit aller Theile und ohne nennenswerthe Einbuße für den Staat eine ungeheure Schuldenmasse getilgt worden.

Die Fürsorge und Beihülfe des Staats beschränkte sich nicht einmal auf allgemeine, eine ganze Klasse des Volks betreffende Maßregeln, sondern stieg mitunter in die engsten Kreise des individuellen Bedürfnisses hinab. So sehen wir den Senat nach dieser Seite hin in einer fast väterlichen Weise thätig werden z. B. den Töchtern verdienter, aber unbemittelter Männer aus Staatsmitteln eine Dos bestellen, sich des Hauswesens abwesender Beamten annehmen u. s. w.[410])

Aus dem bisherigen ergibt sich zur Genüge, daß die Idee von einem gleichgültigen Verhalten des Staats gegenüber dem Wohle des Individuums durchaus verkehrt ist, daß also, um auf unsere obige Frage (S. 219) zurückzukommen: das System der subjectiven Freiheit auf dem positiven Willen des Staats beruhte.

Die Vorstellung, die wir bisher bekämpft haben, hat ihren Grund in der Wahrnehmung, daß der römische Staat bei so manchen Verhältnissen, in die der heutige durch beschränkende Gesetze oder Veranstaltungen anderer Art z. B. Controle, Mit-

410) Val. Max. 4, 4 §. 6 u. 10. Front. Stratag. 4, 3 §. 15. Auct. de vir. illustr. c. 40. (Alimente an die Frau und Kinder des Regulus) ib. c. 18, 24, 23 (Geschenk eines Hauses, einer Bau-, Begräbnißstelle) Val. Max. 5, 1. 1 (Begräbniß auf Kosten des Staats) Seneca Consol. 12. Mitunter geschah so etwas durch eine öffentliche Collekte des Volks z. B. Auct. de viris illustr. c. 18, 32.

wirkung von Seiten der Obrigkeit u. s. w. einzugreifen pflegt, sich völlig passiv verhielt. Dem Eindruck dieser Verschiedenheit wird sich Niemand entziehen können, der z. B. das Verhalten des ältern römischen und des heutigen Staats zur Vormundschaft und Familie ins Auge faßt. Aber übereilt ist der Schluß: dem römischen Staat sei die Gestaltung dieser Verhältnisse gleichgültig gewesen. Der wahre Grund lautet vielmehr: die Staatsgewalt mischte sich nicht weiter ein, als es nöthig schien. So weit es unerläßlich war, hat auch der römische Staat sich nicht gescheut beschränkend oder nachhelfend einzugreifen, darüber hinaus aber unterließ er es, während der moderne Polizei-Staat von der fixen Idee ausging, als ob ohne seine Leitung, Controle u. s. w. alles ins Stocken kommen würde und darum sich für verpflichtet hielt, überall seine Sorgfalt zu bethätigen.

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — Die Machtstellung der römischen Magistrate — Die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — Die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur.

> Fateor in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quaesitum in ea sine isto malo non haberemus.
>
> Cicero de legib. 3, 10.

XXXV. Der Gegensatz des Systems der Freiheit und Unfreiheit, der in §. 30 aufgestellt ward, erstreckt sich eben sowohl auf das öffentliche als das Privatrecht. Wenn der Leser sich der obigen Darstellung erinnern will, so wird er wissen, daß ich die Freiheit im öffentlichen Recht keineswegs mit der republikanischen Verfassung identificire. Der Geist der wahren Freiheit ist an keine Staatsform gebannt; er hat nicht selten die Republiken ge-

flohen und in einer absoluten Monarchie sich niedergelassen. Wo die Staatsgewalt sich zur ausschließlichen Quelle alles Rechts und aller Kraft gemacht, die Freiheit und Bewegung, die über den ganzen Organismus ausgebreitet sein sollte, sich allein zugeeignet hat und nur von sich aus entläßt, hört der Raub, den die Staatsgewalt an der wahren Freiheit begangen, dadurch nicht auf es zu sein, daß die republikanische Form der Verfassung jedem Einzelnen seinen homöopathisch verdünnten Antheil an demselben verstattet.

Wir haben früher (S. 120) das Wesen und den Endzweck der Freiheit in den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit gesetzt. Dieser Beruf und der Trieb, das Bedürfniß der Persönlichkeit, ihn zu bethätigen, beschränkt sich aber nicht auf den engen Kreis der privatrechtlichen Existenz, sondern wohin die Persönlichkeit sich wendet, im öffentlichen Leben, in Kunst und Wissenschaft, bringt sie diesen Trieb mit sich, und in demselben Maße, in dem sie Gelegenheit findet, ihn zu befriedigen, stellt sich jene Liebe zum Beruf ein, die gerade in der Hingebung, die sie bewähren, und in den Opfern, die sie bringen darf, ihre Befriedigung und ihr Glück findet. Dieses heilige Feuer wahrer Liebe, dieser höhere Schwung der Persönlichkeit wird nur durch die Ekstase, in die das Schaffen, das freie Wirken sie versetzt, geweckt. Beraubt die Persönlichkeit der Freiheit, bevormundet sie, umgebt sie mit einem Netz lästiger Beschränkungen, — und jener ganze Reichthum sittlicher Kräfte, die in der Persönlichkeit schlummern, geht für die ihr gestellte Aufgabe verloren. Allerdings gibt es im Staat wie auf dem Gebiete des Geistes Stellungen und Aufgaben, die ihrer Natur nach ein freies Wirken und eine schöpferische Thätigkeit ausschließen und lediglich Handlangerdienste erfordern und zulassen, sie machen das Wesen des subalternen Berufs aus. Wer sich ihnen unterzieht, verzichtet von vornherein auf freie Thätigkeit; in der Stellung und Aufgabe selbst liegt Nichts, was ein Anrecht darauf ertheilen, Nichts mithin, was das Subject innerlich mit ihr entzweien könnte. Anders aber, wenn die Aufgabe ihrer

Natur nach eine selbständige Thätigkeit voraussetzt, diese Selbständigkeit aber aus Mißtrauen möglichst beschränkt und beschnitten wird. Eine Gewalt und damit die Ansprüche, die sie erweckt, zu gewähren oder zu dulden, ihr aber von allen Seiten die Möglichkeit einer spontanen Bewegung abzuschneiden und sie dadurch sich selbst zu verleiden; die Lust, Liebe und Hingebung an die Aufgabe in der Geburt zu ersticken; in dem gewöhnlichen Charakter die Macht der Persönlichkeit zu ertödten und das Gefühl Stück einer Maschine, willenloses Werkzeug des Gesetzes oder eines höhern Willens zu sein an die Stelle zu setzen; in dem kräftigen Charakter einen ewigen Groll über den innern Widerspruch zwischen der gestellten Aufgabe und dem Maß der gewährten Mittel und einen beständigen Reiz zur Uebertretung der Beschränkungen zu unterhalten — das ist die Weisheit eines Systems, das noch bis auf den heutigen Tag bei uns in voller Blüthe steht, das System der Bevormundung von oben herab, der Angst vor der Freiheit und Persönlichkeit.

Durch alle unsere Institutionen geht ein Zug des Mißtrauens, überall flößt uns die volle Gewalt Angst ein, wir ruhen nicht eher, bis wir ihr die Möglichkeit des Mißbrauchs entzogen haben. Es ist jene Flucht vor der Persönlichkeit und die Ueberschätzung der todten Regel und Anstalt, die ich schon früher als einen Charakterzug unsrer Zeit bezeichnet habe, und der sich in allen Verhältnissen, nicht bloß in denen des öffentlichen Rechts, nachweisen läßt. Man nehme unser Beamtenwesen. Wie erdrückt ist es durch die Last von Gesetzen, Verordnungen, Instructionen, die den Beamten wie einen Blinden bei dem kleinsten Schritt, den er macht, lenken sollen! Und wo das todte Gesetz eine Lücke läßt und damit die Gelegenheit bietet, der persönlichen Einsicht des Beamten die Entscheidung zu überlassen, entzieht das Mißtrauen ihm dieselbe wieder, indem es ihn darauf beschränkt zu berichten und die Entscheidung von oben zu holen. Man nehme ferner unser Corporationsleben. Wie hat man hier aus Angst das

Selbstregiment und die Selbständigkeit der Corporation untergraben und das System der Bevormundung von Seiten des Staats an die Stelle gesetzt! Und gar unsre heutige Vormundschaft, welch ein Zerrbild ist sie! Wie gelähmt ist der Vormund durch die Obervormundschaft bei jedem Schritt und Tritt, den er beabsichtigt! Anstatt alles Gewicht auf die Persönlichkeitsfrage zu legen, dafür zu sorgen, daß nur solche Individuen zu Vormündern genommen werden, die Vertrauen verdienen, anstatt die nöthigen Garantieen in ihrer Persönlichkeit, ihrer Solvenz u. s. w. zu suchen, hat man dem ganzen Institut der Vormundschaft einen Zuschnitt gegeben, der, auf völlig unfähige Vormünder berechnet, den tüchtigen aller Orten hemmt und lähmt und ihm alle Lust und Freude an seinem Amt verkümmert. Die absurdeste Consequenz, zu der es diese Politik der Angst gebracht, war wohl die, daß man den Feldherrn, der dem Feinde gegenüberstand, unter die Leitung einer entfernten Kriegskanzlei stellte, ihn anwies, sich von ihr die Autorisation zur Schlacht und die Genehmigung des Schlachtplanes einzuholen.

Zu diesem unsern heutigen System bildet das römische den schärfsten Gegensatz. Die Römer wußten, daß ein mächtiger Staat kraftvoller Werkzeuge bedarf, ein Staat mit gebundenen Gliedern nichts Großes zu leisten vermag, und weder die Angst vor der Möglichkeit des Mißbrauchs, noch ihr Freiheitsgefühl hielt sie ab, die Magistraturen mit der vollen Gewalt auszustatten. In allen Verhältnissen an eine energische Machtentfaltung gewohnt, würden sie am wenigsten an der Spitze ihres Gemeinwesens die Schwäche und Ohnmacht ertragen haben. Nicht ein devotes, ängstliches, anspruchsloses Auftreten, sondern ein gebieterisches, königliches Benehmen wünschte das Volk von seinen Beamten; die Macht und Majestät des Staats selbst sollte in ihnen sichtbar werden. Darum räumte es ihnen bereitwillig zu diesem Behuf die nöthige Macht und Stellung ein, und Polybius konnte die Bemerkung machen, daß der römische Staat, wenn man die Magistraturen

ins Auge fasse, den Eindruck einer Monarchie hervorrufe.[412]) Die Machtfülle, mit der das Beamtenthum von altersher ausgestattet war, blieb seit dem vierten Jahrhundert bis zu Ende der Republik nicht bloß unvermindert, sondern auch völlig unangefochten bestehen; denn die Demokratie gefiel sich hier nicht, wie bei uns, darin, die Macht der Regierung zu schwächen und die Autorität des Beamtenthums im vermeintlichen Interesse der Volkssouveränetät herabzusetzen. Wie günstig der Boden für das Gedeihen der Macht der Beamten war, zeigte sich insbesondere daran, daß es den Magistraturen, die erst seit Anfang des vierten Jahrhunderts ins Leben gerufen wurden, möglich war, ihr ursprüngliches Machtgebiet ohne Hülfe der gesetzgebenden Gewalt bloß durch eigne Kraft im weitesten Maße auszudehnen.

Diese Popularität der Gewalt und diese Autorität des Beamtenthums in Rom erklärt sich zur Genüge aus dem angebornen Sinn der Römer für Macht, Disciplin und Unterordnung, und es thut nicht Noth zur Erklärung dieser Thatsache zu dem Königthum zurückzugreifen. Es gibt bekanntlich eine Auffassung des römischen Königthums, die in demselben eine theokratische Institution, eine Art Hohenpriesterthum erblickt.[413]) Von der Idee ausgehend, als ob die einfach sittlich-natürliche Anschauung der Verhältnisse es nicht zu dem Gedanken der Nothwendigkeit der Autorität zu bringen vermocht hätte, hat sie jenes Königthum zu Hülfe genommen, um auch die Magistratur als Erbin desselben mit dem Nimbus göttlicher Weihe zu bekleiden. Selbst wenn ich den Glauben an jenes Königthum theilte, könnte ich doch diese Art der Verwendung desselben weder für nöthig noch für statthaft halten. Neben den Consuln, die man als die eigentlichen Erben der königlichen Würde bezeichnen kann, kamen nach und nach noch andere Magistraturen auf, und sie alle besaßen doch darum kein geringeres Ansehen und Gewicht, daß es für sie keine alten reli-

412) VI. 11, 5. 12, 9.

413) Gerlach u. Bachofen Geschichte der Römer. B. 1. Abth. 2.

giösen Traditionen, kein Königthum gab, das ihnen die nöthige Weihe hätte verleihen können. Und sodann ward ja die eigentlich priesterliche Function des römischen Königthums von der Magistratur getrennt und dem rex sacrificulus überwiesen. Welch' klägliche Rolle aber spielte gerade dieser Erbe der religiösen Gewalt des Königs!

Wir wollen jetzt die Machtstellung der römischen Beamten an einigen schlagenden Beispielen erläutern. Höchst beachtenswerth ist zunächst die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Magistrate in ihrem Verhältniß zum Volke. Das Volk bestellte sich in dem Beamten nicht einen Diener, einen Niedern (minister), sondern einen Herrn, einen Höhern (magister mit magnus zusammenhängend). Der Umstand, daß er durch die Wahl des Volkes berufen und nach Niederlegung des Amts vor demselben zur Verantwortung gezogen werden konnte, hatte auf die ihm anvertraute Gewalt selbst gar keinen Einfluß. Sowie er sein Amt angetreten, änderte sich sein Verhältniß zum Volk völlig; kurz vorher noch hinaufblickend zu demselben, blickte er jetzt auf dasselbe hinunter. Der Wille des Volks konnte ihm fortan nichts mehr entziehen — er war für die Dauer seines Amtsjahres rechtlich unabsetzbar — noch auch ihn hindern, in seiner Amtsführung ganz seiner eignen Ueberzeugung zu folgen. Der Volkswille erscheint also nur als rein transitorisches Moment bei der Magistratur, er erschöpft sich mit dem einen Akt der Wahl und tritt sodann ein ganzes Jahr wieder in den Hintergrund. Es ist begreiflich, daß die Beamten auf den Willen und die Wünsche des Volks Gewicht legten, aber kein höheres als etwa in einer monarchischen Verfassung der Fürst. Wo sie anderer Ueberzeugung waren, nahmen sie nicht den geringsten Anstand, sich darüber hinwegzusetzen, ja es werden uns in dieser Beziehung Züge und Aeußerungen berichtet,[414]) die eine fast absolutistische Gesinnung athmen.

414) Val. Max. 3. 7, 3: Tacete quaeso, Quirites, plus enim ego,

Was die einzelnen Magistraturen anbetrifft, so nimmt hinsichtlich der Fülle der Machtbefugniß die Dictatur bekanntlich die erste Stelle ein. Sie läßt sich als eine vorübergehende Anleihe der Republik bei dem absoluten Königthum bezeichnen und enthält das Zugeständniß, daß die republikanische Verfassung zwar für gewöhnliche Zustände durchführbar, für ungewöhnliche Verhältnisse aber die Concentrirung der gesammten Staatsgewalt in der Hand eines absoluten Herrschers nöthig sei — die Anerkennung der relativen Berechtigung des Absolutismus innerhalb eines Freistaats.

Die Macht der Consuln war beschränkter; aber welche Befugniß schloß doch auch sie in sich! Hing es doch de jure vom Consul ab, ob und wie oft er Volks- und Senatsversammlungen[415]) berufen wollte — wider seinen Willen waren beide nicht möglich — welche Gegenstände zur Verhandlung kommen sollten, ob er, wenn die Stimmung ihm nicht günstig erschien, die Versammlung wieder entlassen wollte u. s. w.[416]) Als ein höchst merkwürdiges Recht verdient auch die freie Dispositionsbefugniß über das Aerar bezeichnet zu werden; an die Mitwirkung des Senats war die Ausübung desselben nicht geknüpft. Wir werden hierauf unten bei Gelegenheit der Stellung der Magistraturen zum Senat zurückkommen.

An positiver Macht kamen den Consuln am nächsten die Censoren. Ihre Strafgewalt war zwar hinsichtlich der Strafart beschränkt, allein im übrigen nicht minder ausgezeichnet durch ihre Ausdehnung als durch ihre Befreiung von dem Recht der Provocation an die Volksversammlung. Vermöge dieser Gewalt

---

quam vos, quid reipublicae expediat, intelligo. Ibid. 6. 2, 3. 6. 4, 1, 2. Auct. de vir. illustr. 58 §. 8.

415) Hinsichtlich der Sitzungen des Senats bestand eine Pflicht der Sitte (s. unten).

416) In der ersten Auflage hatte ich im Anschluß an eine neuerdings öfters vertheidigte Ansicht noch ein anderes Recht des Consuls angeführt, dessen Ungrund ich inzwischen glaube nachgewiesen zu haben, s. III. 221, 222.

konnten sie bekanntlich Jemanden aus der Tribus, dem Ritterstande, dem Senat ausstoßen. Sodann hatten sie das Recht, nach eigner Wahl den Senat zu ergänzen, Steuern aufzulegen[417]) u. s. w., kurz Rechte, die ein ganz und gar absolutistisches Gepräge tragen.

Die Macht der Tribunen war ursprünglich vorwiegend negativer Natur, ein Einspruchsrecht gegen willkührliche Maßregeln der patricischen Magistrate. Im Lauf der Zeit aber wußten sie nicht bloß diesem Einspruchsrecht die weiteste Ausdehnung zu geben, sondern sie erwarben sich auch höchst wirksame positive Rechte hinzu, namentlich das jus prendendi. Während ihnen dasselbe anfänglich sogar in seiner Richtung gegen Privatpersonen patricischen Standes bestritten war, setzten sie dasselbe später selbst gegen die Consuln durch.[418]) „Die tribunitische Gewalt, um mit Niebuhr zu reden, überflog Consuln, Senat und das Volk selbst, und die Tribunen waren nicht sowohl Repräsentanten der Nation gegenüber der höchsten Gewalt, sondern für die Dauer ihrer Zeit ernannte Tyrannen." Ließ doch Einer einst den Consul, der ihn in der Rede unterbrochen, ins Gefängniß werfen, ein anderer gar beide Consuln, ein dritter neun seiner Collegen lebendig verbrennen![419])

Das Ueberraschende an diesen Gewaltverhältnissen ist nicht sowohl die außerordentlich weite Erstreckung der Gewalt, als der Umstand, daß selbst die exorbitantesten Befugnisse an gar keine Voraussetzungen geknüpft sind. Es gilt hier dieselbe Bemerkung, die

417) Wie z. B. Livius Salinator (Anm. 407) die Salzsteuer.

418) Jenes bei Liv. 2, 56, dieses bei Liv. 3, 26 (wo der Senat selbst ihrer Usurpation in die Hände arbeitete). Sie versuchten es auch, wie uns Gellius 13, 12 berichtet, sich das jus vocationis, das den Magistraten mit imperium zustand, zuzueignen, ja sie wagten es sogar gegen die Consuln auszuüben, allein hier hatte ihre Usurpation nicht den gewünschten Erfolg, die vocatio ward ihnen nie zugestanden.

419) Val. Max. 6, 3, 2. 9. 5, 2. Cicero de leg. 3 c. 9. Aur. Vict. de vir. ill. 66, §. 9.

ich S. 136 hinsichtlich der gleichen Erscheinung auf dem Gebiete des Privatrechts gemacht habe.[420]) Die stillschweigende Bedingung für die Ausübung aller jener Befugnisse ist das Dasein der Voraussetzungen, welche ihren Gebrauch rechtfertigen. Wie aber die Voraussetzungen beschaffen sein sollen, und ob sie wirklich vorhanden sind, das ist auch hier lediglich dem Urtheil des Innehabers der Gewalt anheimgestellt. Er kann einen Mißgriff begehen — gewiß — aber dafür ist ihm andererseits auch die Möglichkeit der Wahl des „Besten" offen gelassen. Selbst wenn jene Gefahr nicht durch Einflüsse, von denen gleich die Rede sein wird, beträchtlich vermindert worden wäre, so mochten sich die Römer doch mit dem Gesichtspunkt trösten, den Cicero bei der Beurtheilung der tribunitischen Gewalt aufstellte, nämlich daß das Schlechte der Kaufpreis des Guten ist.[421]) Gegen den Mißbrauch der tribunitischen Gewalt gab es gerade die wenigsten verfassungsmäßigen Garantieen, gegen den Mißbrauch des Veto gar keine, sie von allen Gewalten hatte sich am meisten überhoben und vergangen, und doch findet Cicero selbst für sie in jenem Gesichtspunkt einen ausreichenden Grund zu ihrer Rechtfertigung.[421a]) In der That aber verliert jene Gefahr des Mißbrauchs bei näherer Betrachtung ein erkleckliches von dem Schreckhaften, das sie vom abstracten Standpunkte aus zu haben scheint. Daß ein Tribun aus Uebermuth den Consul ins Gefängniß

---

420) Ich könnte hier noch auf die Vormundschaft des ältern Rechts verweisen, deren ich dort zu gedenken keine Veranlassung fand. Die Charakteristik der öffentlichen Gewalten paßt fast Zug für Zug auch auf sie. Sie war bekanntlich im ältern Recht ein Gewaltverhältniß (jus in capite libero), und zwar ein rechtlich sehr freies, der Vormund ward durch keine Vorschriften und Beschränkungen gebunden und konnte erst nach Niederlegung seines Amts zur Verantwortung gezogen werden.

421) De leg. 3 c. 10. Sed iniqua est in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio. Nam isto quidem modo vel consulatus vituperabilis est, si consulum, quos enumerare nolo, peccata collegeris.

421a) Die Worte sind oben als Motto dieses Paragraphen benutzt.

werfen läßt, der Censor aus Chikane Senatoren und Ritter aus der Liste streicht und seine Kreaturen in den Senat bringt, daß der Consul die Schätze des Aerars zu nichtigen Zwecken vergeudet oder aus persönlicher Abneigung sich weigert, die vom Volk gewählten Magistrate des folgenden Jahres zu proclamiren, daß die Augurn im politischen Partheiinteresse wegen angeblicher Formfehler in den Auspicien die Wahlen und andere staatsrechtliche Akte cassiren — alles das war abstract genommen durchaus möglich und kam späterhin, als die Willkühr sich aller Scham entband und selbst vor offenbaren Verletzungen der Gesetze nicht zurückbebte, wirklich vor. Freilich blieb denn auch die nothwendige Folge der Ausschweifung nicht aus — die Selbstvernichtung, wie wir im folgenden Buch zeigen werden. Wir stehen aber hier noch in der alten Zeit, und für sie gilt etwas anderes. Auf die verfassungsmäßigen Garantieen lege ich kein entscheidendes Gewicht; sie bestanden auch später, ohne daß sie dem Uebel hätten Einhalt thun können, zum besten Beweise, daß ein anderes Moment den Ausschlag gab. Es war der Geist der alten Zeit. Wenn ein schlechter Geist sie beseelt, sind alle rechtlichen Formen lahm und unwirksam; wenn die Partheilichkeit und Bestechlichkeit zu Gericht sitzt, werden die besten Gesetze der Willkühr nicht steuern. Darum möge man auch für die alte Zeit immerhin die Garantieen, welche die Verfassung gewährte, namhaft machen — aber nur als äußere Mittel, die erst in Verbindung mit dem Geist, der die alte Zeit erfüllte, ihren Zweck erreichen konnten.

Diese verfassungsmäßigen Garantieen lagen theils in der den Beamten nach Niederlegung seines Amts treffenden Verantwortlichkeit, theils in der Intercession der Tribunen und höheren Magistrate. Jene Verantwortlichkeit beschränkte sich, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht auf die Verletzung der Verfassung und Uebertretung von Gesetzen, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen und Unterlassungen, die dem Interesse des Staats widerstrebten, mochten sie äußerlich auch noch so legal

sein.[422]) Das Intercessionsrecht der dem Rang nach gleichen oder höheren Magistrate gehört zu den merkwürdigsten Eigenthümlichkeiten der römischen Verfassung. Dem rein Negativen, der hemmenden Kraft ist mittelst ihrer ein Einfluß zugestanden worden, wie nirgends anders, und es läßt sich erwarten, daß dies Mittel in der Regel seinen Zweck, das entschieden Schlechte zu verhindern, erreicht haben wird — wenigstens innerhalb der Stadt Rom. Eher früge es sich, ob dasselbe nicht umgekehrt einen lähmenden Einfluß ausgeübt, manches Gute verhindert habe. Es hing begreiflicherweise alles von dem Geiste ab, in dem dies Recht geübt ward. Ward das Veto, wie es im Sinn der Verfassung lag, nur als ein Schutzmittel gegen absolut verwerfliche Maßregeln gehandhabt, so konnte darin eine Gefahr für die Selbständigkeit der Magistrate nicht erblickt werden, im entgegengesetzten Fall, wenn also eine bloße Meinungsverschiedenheit oder gar die Chikane sich der Intercession bedient hätte, würde dies Mittel den Ruin aller Selbständigkeit der Magistrate enthalten haben, und das Uebel, das in ihm selbst gelegen, wäre größer gewesen, als das, gegen welches es hätte helfen sollen.[422a]) Es ist bekannt, daß das Mittel nach Einer Seite hin nicht selten zu einem ihm an sich fremden Zwecke gemißbraucht wurde, nämlich von den Tribunen, um durch Einspruch gegen nothwendige Maßregeln z. B. eine Aushebung, Ausschreibung der Kriegssteuer

422) E. Laboulaye, Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats. Paris 1845.

422a) Dieselbe Bewandniß hatte es mit manchen andern Befugnissen, und die Zeit des Verfalls hat es an eklatanten Fällen ihres Mißbrauchs nicht fehlen lassen, eines Mißbrauchs, der von der andern Seite wohl durch offene Nichtachtung des Gesetzes beantwortet wurde (Sueton Jul. Caesar 20. Cic. ad Att. 4, 2.). Beispiele: Mißbrauch des servare de coelo und obnuntiare (vitiare diem Cic. ad Att. 4, 9). Cic. ad Att. 4, 3, 3 de domo 15, 39, 40 de har. resp. 23. 48. Sueton cit. Verhinderung des Senats an der Abstimmung durch diem dicendo consumere, Cic. ad Att. 4, 2, und selbst an der Verhandlung id. 1, 18; 3, 24. Chikanense Ausführung des Auftrags, einen Dictator zu ernennen Liv. epit. 19; 8, 12.

politische Concessionen zu ertrotzen,[423]) allein, daß im übrigen die ganze Einrichtung der Selbständigkeit der Magistraturen Eintrag gethan, läßt sich meiner Ansicht nach nicht behaupten. Es begreift sich dies auch sehr wohl. Eine leichtsinnige Benutzung des Veto enthielt nicht weniger einen Mißbrauch der Amtsgewalt und zog nicht weniger Verantwortung und Strafe nach sich als ein tadelnswerther Gebrauch der positiven Befugnisse.[424]) Sodann aber war die Intercession auch factisch nicht so leicht, wie man sie sich vorstellen könnte.[425]) Sie warf dem Magistrat, gegen den sie gerichtet war, den Fehdehandschuh hin, und ohne Noth entschloß man sich schwerlich zu einem so gehässigen, Aufsehen erregenden Schritt. Ein leichtsinniger Intercedent hatte der öffentlichen Meinung gegenüber keinen leichteren Stand als jeder andere Beamte bei seinen positiven Maßregeln, es kam nicht bloß darauf an, den Widerspruch zu erheben, sondern auf ihm zu beharren; ein unmotivirter Widerspruch konnte seinem Urheber die Demüthigung eintragen, ihn selbst wieder zurücknehmen zu müssen.[426]) Auch hier also war die Gewalt in Wirklichkeit nicht so gefährlich, als sie in ihrer abstracten Gestalt den Anschein hat.

---

423) So verhinderten sie sogar fünf Jahre lang (379—383) die Wahl der patricischen Beamten, um die Zulassung der Plebejer zum Consulat zu erzwingen. Liv. 6, 35.

424) S. z. B Liv. 5, 29.

425) Man sehe z. B. Vellej. Paterc. 2, 44: Bibulus, collega Caesaris, cum actiones ejus magis vellet impedire, quam posset (d. h. er wagte es nicht) majore parte anni domi se tenuit.

426) Liv. 45, 21 .... persaepe evenisset, ut .. qui ad intercedendum venissent, desisterent victi auctoritatibus suadentium legem. Liv. 31, 6 laceratusque probris in senatu tribunus plebis. 31, 20 victus consensu patrum tribunus cessit. 39, 5 victus castigationibus tribunus. Bei Liv. 4, 60 legten die Tribunen ihr Veto ein gegen die Ausschreibung der Kriegssteuer, allein es ward ihnen hier die Beschämung zu Theil, daß bei Arm und Reich spreto tribunitio auxilio certamen conferendi (tributi) est ortum. Es vergingen mitunter viele Jahre, ohne daß sich ein Intercessionsfall ereignete. Liv. 9, 33.

Ich habe gesagt, daß ich auf die beiden bisher besprochenen verfassungsmäßigen Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt nicht das entscheidende Gewicht lege. Die beste Garantie lag vielmehr außerhalb der Verfassung — in dem Geist der Zeit, dem Charakter des Volks, den Verhältnissen und thatsächlichen Gewalten des römischen Lebens. Ich will hier nicht wiederholen, was ich schon oben (S. 134) bei Gelegenheit des Privatrechts ausgeführt habe; ein jeder wird sich sagen können, daß alles dort Gesagte in verstärktem Maße auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Was von der rein privatrechtlichen Gewalt galt, die der Einzelne aus eignem Recht hatte, und die sich im Innern des römischen Hauses verbarg, um wie viel mehr mußte es gelten von der öffentlichen, die ihm nur zur Verwaltung anvertraut war und sich stets im vollen Licht der Oeffentlichkeit bewegte, bei allen ihren Schritten der Controle und Kritik der Mit- und Nachwelt ausgesetzt,[426a]) von allen Seiten zugänglich und durch Einflüsse, Rücksichten aller Art temperirt.[427]) Frei dem Recht nach, war der Beamte umgeben von einer unsichtbaren Gewalt, die ihn am Guten nicht hinderte, aber bei jedem Versuch zum Schlechten zurückhielt. In dieser unsichtbaren Gewalt und in dem Geist der Vaterlandsliebe, Selbstverläugnung, Achtung gegen das Althergebrachte u. s. w., den man bei dem Magistrat voraussetzen mußte und konnte, steckte das beste Theil der römischen Verfassung, und erst sie machten sie zu dem, was sie war. Ab-

426a) Insbesondere auch die Aussicht auf die Demüthigung, daß der Nachfolger im Amt die getroffenen Maßregeln zurücknehmen werde, s. z. B. Liv. 9, 30, wo dies mit hartem Tadel geschah.

427) Selbst durch den Einfluß der Familienverhältnisse z. B. durch die patria potestas (Val. Max. 5, 4, 5. 5, 8, 3. Liv. 2, 41) die Agnaten und Gentilen (s. z. B. Anm. 333). Selbst der Pontifex maximus ward durch die Volksstimme gezwungen, sich über angebliche Hindernisse des geistlichen Rechts hinwegzusetzen. Liv. 9, 46 coactus consensu populi. Ein Censor mußte sogar der öffentlichen Meinung, die er durch einen Willkührakt gegen sich aufgebracht hatte, die Concession machen, sein Amt niederzulegen. Liv. 9, 29.

strahiren wir von ihnen, halten wir uns lediglich an den äußern Mechanismus der Verfassung, an das formelle Recht, dann freilich muß uns diese Verfassung als eine der unvollkommensten erscheinen, die es je gegeben hat, und die schlechteste von unsern modernen Constitutionen würde sie unendlich übertreffen. Wüßten wir es sonst nicht schon zur Genüge, so könnten wir uns hieraus die Lehre entnehmen, daß der Werth einer Verfassung nicht durch die Planmäßigkeit und Vollendung ihrer Structur, sondern durch den Geist bedingt ist, in dem sie gehandhabt wird. Dieser Geist ist bekanntlich durch kein Gesetz zu bannen oder zu gestalten, denn er ist das Volk und die Zeit selber. Wo er der rechte ist, hat die Gesetzgebung leichtes Spiel, und so war es in der guten Zeit des römischen Freistaats. Das Gesetz brauchte den Beamten nicht zu unterweisen, was der rechte Gebrauch sei, unter welchen Voraussetzungen er sich dieses und jenes Rechts zu bedienen habe — er mußte es wissen und wußte es.

Die Behauptung, daß das geschriebene Recht, sowohl was die Zahl als den Inhalt der Gesetze anbetrifft, in Bezug auf diesen Punkt äußerst dürftig war, wird schwerlich auf Widerspruch stoßen. Es ist an einem andern Ort bereits darauf hingewiesen, daß die Tendenz nach Fixirung und Objectivirung des Rechts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt in unendlich geringerem Grade sich geltend machte als auf dem des Privatrechts. Den Grund davon dürfen wir theils in der bereits an jener Stelle angegebenen innern Verschiedenheit zwischen beiden Rechtstheilen erblicken, theils aber auch in den ganz besonderen Verhältnissen der römischen Verfassungsgeschichte, namentlich in dem Dualismus des Patricier- und Plebejerthums. Nach und nach fand sich in der römischen Verfassung das Verschiedenartigste zusammen, Reste aus der Königszeit mit Institutionen von rein republikanischem Gepräge, aristokratische und demokratische Ideen, drei verschiedene Volksversammlungen, kurz ein höchst buntscheckiges Gemisch. Es wäre für die Gesetzgebung eine äußerst schwierige Aufgabe gewesen, das Ineinandergreifen aller dieser Gewalten

und ihre Competenzverhältnisse nach Art eines Uhrwerks genau zu bestimmen, und vorzüglich bei Einführung neuer Gewalten die Rückwirkung, welche die Aenderung auf das Ganze ausüben mußte, im voraus zu übersehen und zu reguliren. Abgesehen von dem mit dem Sturz des Decemvirats wieder beseitigten staatsrechtlichen System der XII Tafeln haben die Römer es nie versucht, ihre Verfassung in ihrem Gesammtzusammenhang legislativ zu formuliren. In Bezug auf die Magistratur begnügte die Gesetzgebung sich damit, sie hie und da zu beschränken (z. B. hinsichtlich der oft wiederholten Bestimmung über die Provocation an die Volksversammlung, hinsichtlich des Maßes der multa u. s. w.), bei Einführung neuer Gewalten aber that sie kaum etwas mehr, als daß sie ihnen so zu sagen das nackte Leben gab. Wie sie in das Ganze einzugreifen, wie sie sich zu ihrer Umgebung zu stellen und ihre Gewalt zum Besten des Staats zu verwenden hatten, alles das blieb ihnen selbst d. h. dem Takt ihrer Träger, der Macht der Umstände und der Praxis überlassen. Gegenüber der Fülle und Vielseitigkeit staatsrechtlicher Entwickelung in Rom schwindet daher der Stoff, den die Gesetzgebung dazu lieferte, auf ein Minimum zusammen; aus den unscheinbarsten Keimen, die sie gepflanzt hatte, entwickelten sich unter dem Einfluß des Lebens die mächtigsten Bildungen, wie z. B. bei der Censur, wo die Römer selbst auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen.[428])

Man wird mir entgegnen, daß das Gewohnheitsrecht hier wie so oft die Lücken des ungeschriebenen Rechts ergänzt habe. Mit diesem Einwande berühre ich einen Punkt, der für die richtige Einsicht in das römische Staatsrecht überhaupt, so wie die Stellung der Magistrate insbesondere von der äußersten Wichtigkeit ist, und bei dem ich der herrschenden Ansicht aufs entschiedenste

428) Liv. 4, 8 .. rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus, publicorum jus privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio essent.

entgegentreten muß. Der Fehler, den letztere begeht, besteht darin, daß sie Sitte und Herkommen (mos, mores majorum) mit Gewohnheitsrecht verwechselt. Das gewohnheitsrechtliche und gesetzliche Recht unterscheiden sich bekanntlich nur durch die Art ihrer Entstehung, ihre verbindende Kraft ist aber ganz dieselbe, eine Uebertretung enthält bei beiden eine Illegalität und bewirkt Nichtigkeit. Dem Gewohnheitsrecht geht aber ein Zustand der Unbestimmtheit voraus, den ich bereits früher geschildert und mit dem Namen der Sitte belegt habe. Dieser Zustand, der für die Normen, die sich zu eigentlichem Gewohnheitsrecht verdichten, nur als vorübergehende Entwickelungsphase vorkommt, bleibt für manche andere ein dauernder, sie kommen nie über ihn hinaus.

Dem Gewohnheitsrecht gegenüber erscheint die Sitte als etwas Unvollkommenes, noch nicht Fertiges, aber in dieser Unvollkommenheit liegt zugleich ein eigenthümlicher Vorzug derselben vor dem Gewohnheitsrecht. Für gewisse Verhältnisse ist gerade sie das allein zutreffende, da nämlich, wo zwar die Beobachtung einer gewissen Norm die Regel bilden, die Möglichkeit einer motivirten Abweichung von derselben aber offen bleiben muß. Es ist also nicht Zufall, daß gewisse Normen stets im Stadium der Sitte verharren; sie würden ihre eigenthümliche Brauchbarkeit einbüßen, sowie sie zu eigentlichen Rechtssätzen erstarrten. Diese Bemerkung bezieht sich ebensowohl auf die Verhältnisse des öffentlichen Rechts, als auf die des Privatrechts und gerade das Beispiel des ältern Rom (wie aus der Gegenwart das von England) ist recht geeignet, uns die Bedeutung der Sitte für das öffentliche Recht zu veranschaulichen. In dem conservativen Element des römischen Charakters lag es begründet, daß man den staatsrechtlichen Vorgängen, Präcedentien (exempla majorum) einen großen Einfluß einräumte,[429]) und daß sich

429) Es ist eine gewaltige Uebertreibung, wenn in der Geschichte der Römer von Gerlach und Bachofen Bd. 1, Abth. 2, S. 208: „die Präcedentien zur einzigen Grundlage des spätern Zustandes und zur einzigen Norm seiner Beurtheilung" erhoben werden. Wäre ein solcher Zustand irgendwo

folglich hier leicht eine staatsrechtliche Praxis ausbildete. Hatte schon die Praxis für die Civilrechtspflege nicht schlechthin verbindliche Kraft (ungeachtet der Grundsatz der Gleichheit, wie oben bemerkt ward, für sie eine ganz andre Bedeutung hat, als für die Verwaltung), so konnte dies für die Verhältnisse des öffentlichen Rechts noch weniger der Fall sein. Allerdings gab es dort wie hier gewisse Einrichtungen, Regeln u. s. w., die, ohne durch Gesetz vorgeschrieben zu sein, doch von der Praxis unabänderlich zur Anwendung gebracht wurden, aber es würde verkehrt sein, dasselbe von allen Sätzen der Praxis anzunehmen. Wir unterscheiden vielmehr auch für das Staatsrecht das eigentliche Gewohnheitsrecht (z. B. Unfähigkeit der Frauen zur Bekleidung von Staatsämtern, Nothwendigkeit der Beachtung der Auspicien, rechtliche Unmöglichkeit einer Volksversammlung ohne Berufung von Seiten eines Magistrats u. s. w.) und die bloße staatsrechtliche Sitte und Praxis.

Die Stellung des Magistrats der Praxis gegenüber war weder eine freie noch völlig unfreie. Keine völlig freie, denn die stillschweigende Erwartung, unter der ihm seine Gewalt anvertraut war, war die, daß er, wenn keine besonderen Gründe zu einer Abweichung vorlägen, die bisherigen Bahnen innehalte.

---

denkbar, so verdiente das Volk, bei dem er sich fände, nur mit einer Schafheerde, die dem Hammel nachspringt, verglichen zu werden. Bisher möchte dies Volk nur einem Verehrer des absoluten Stillstandes in nächtlichen Visionen erschienen sein, dasselbe aber nach Rom zu versetzen, müßte Einem, der etwas von Rom gehört hat, meine ich, selbst im Schlaf nicht möglich sein. Was hieße denn jener Götzendienst mit Präcedentien anders, als der sündhafteste Quietismus, die schmählichste Apathie, die blinde Unterordnung der Einsicht aller folgenden Zeiten unter das Urtheil der ersten und zugleich letzten selbst denkenden Person — des Präcedentien-Adams? Beispiele des Gegentheils s. Liv. 31, 9 toties ante . . . de pecunia certa, ii primi de incerta; 31, 48, 49; 5, 16: novo exemplo; patres . . . auctores fuerunt; 8, 16 petitum a consulibus, ut extra sortem Corvi ea provincia esset; ebenso 10, 24 omnes ante se sortitos; 8, 23, 26 i. f. prorogatio imperii non ante in ullo facto; 9, 30 . . quod traditum ab antiquis erat; 10, 37 novo exemplo; 37, 11; 45, 21 u. a.; s. u. Note 435 fl.

Keine völlig unfreie, denn es war seinem Ermessen überlassen, diese Bahnen aus gerechten Gründen ausnahmsweise zu verlassen.[430]) Es lag in der Weise der Römer, daß dies nur aus den dringendsten Gründen geschah; eine unmotivirte, leichtsinnige Abweichung von der bisherigen Sitte war in alter Zeit eine große Seltenheit und erregte beim Volk vielleicht kaum geringern Anstoß als eine Verletzung der Gesetze.[431])

Es war nun Sache des Beamten im einzelnen Fall zu prüfen, ob es räthlicher, dem Wohl des Staats zuträglicher sei, das Herkommen zu verlassen oder zu befolgen. Dies erforderte eine sorgsame Abwägung der individuellen Verhältnisse. Denn es konnte ihm nicht entgehen, daß das innere Gewicht der in der bisherigen Praxis befolgten Normen ein sehr verschiedenes war. Manche mußten ihm mehr als löblicher Brauch erscheinen, der so und anders sein konnte (wie z. B. die Reihenfolge der Abstimmung im Senat), andere hingegen als Ausdruck politischer Nothwendigkeit (z. B. Befolgung der Beschlüsse des Senats). Es war mithin auch das Gegengewicht der Gründe verschieden,

---

430) Dies möchte ich namentlich gegen Laboulaye a. a. O. S. 73 einwenden, der im übrigen das Verhältniß treffend charakterisirt. En droit le magistrat était tout-puissant; mais la coutume l'emprisonait dans un cercle de précédents dont il lui était comme impossible de sortir. Free by law, slave by custom: cette devise du citoyen anglais était aussi celle du magistrat romain, qui se glorifiait de son respect pour la tradition et considérait la coutume comme une des bases les plus solides de l'État.

431) So ward es z. B. vom Tarquinius Superbus stets als Zeichen seiner despotischen Gesinnung angeführt, daß er die Zuziehung eines consilium bei der Fällung von Straferkenntnissen unterlassen. Mit dieser Zuziehung hatte es aber keine andere Bewandniß als mit der des Verwandtenraths bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit von Seiten des Vaters. Unter denselben Gesichtspunkt fällt meiner Meinung nach auch der Vorwurf, den man ihm so wie den Decemvirn machte, daß sie sich über die Sitte, den Senat zusammenzuberufen, hinweggesetzt hätten. — Die in der ersten Auflage für den im Text entwickelten Gegensatz zwischen Recht und Sitte in Bezug genommene Unterscheidung von Cic. ad fam. 1, 9, 25: necesse esse und opus esse hatte wohl eine andere Bedeutung, s. III. 226, Note 313.

die von der andern Seite in die Wagschale geworfen werden mußten, um hier und dort eine Abweichung zu rechtfertigen. Begreiflich, daß hierbei die Individualität des Beamten, seine Aengstlichkeit oder Entschlossenheit, seine politische Richtung und Ansicht vom größten Einfluß waren. Immer aber mußte er sich sagen, daß die Abweichung von der Sitte ein Schritt sei, der Aufsehn mache und der Rechtfertigung bedürfe, und daß ihn, auch wenn er nach bester Ueberzeugung gehandelt habe, Tadel und demnächst Anklage und Strafe treffen könne. Wer von ächter Vaterlandsliebe beseelt war, ließ sich durch solche persönliche Rücksichten allerdings nicht abhalten, aber ohne Noth, ohne entschiedenes Uebergewicht auf der andern Seite trat auch er nicht mit der bisherigen Sitte in Widerspruch. So war es möglich, daß manche Normen Jahrhunderte lang ausnahmslos beachtet wurden, bis eine ungewöhnliche Complication der Verhältnisse einen entschlossenen Magistrat veranlaßte sich hierin von der Praxis loszusagen. Hätte letztere absolut verbindende Kraft gehabt, so würde eine solche Handlung eine Illegalität enthalten haben, wozu der Magistrat ohne die Autorität des Senats sich sicherlich nicht entschlossen haben würde. Die Art, wie die römischen Schriftsteller derartiger Beispiele gedenken, so wie die Umstände, unter denen sie vorkamen, zeigt, daß eine solche Auffassung den Römern fremd war.

Es kommt jetzt darauf an, die bisher entwickelte Ansicht zu beweisen. Man könnte versucht sein, ihr die allgemeinen Aussprüche der Römer über die mos und mores majorum, z. B. daß die mos als Gesetz beachtet werde, entgegen zu setzen. Wie wenig dieser Einwand zu bedeuten hat, möge der Umstand zeigen, daß mos nicht bloß das Gewohnheitsrecht, sondern auch die Sitte in unserm obigem Sinn bezeichnet.[433]) Der einzige Weg, der zum

433) Einrichtungen socialer Art, Sätze der traditionellen römischen Moral u. s. w. werden ebensowohl auf die mos gestützt, als Einrichtungen rein rechtlicher Art. Bei einer so bekannten Sache bedarf es kaum der Zeugnisse;

Ziele führen kann, ist der, daß man die römische staatsrechtliche Praxis selber ins Auge faßt, und dies soll im Folgenden wenigstens insoweit geschehen, um zu zeigen, was sich auf diesem Wege erreichen läßt.

Es war entschieden gegen das Herkommen, daß die Magistrate bei Abhaltung der Comitien zum Zweck der Wahl ihrer Nachfolger sich selber ihr Amt prolongiren ließen, allein während des punischen Krieges setzte sich ein Consul in bester Absicht über dies Bedenken hinweg, und seine Handlungsweise fand allgemeine Billigung.[435] Dem Herkommen nach konnte nur der Consul einen Dictator ernennen; die Augurn aber verstatteten es auch den Militärtribunen.[436] Nur der Senat sollte einen Triumph bewilligen; als er aber aus Chikane dem Postumius den verdienten Triumph verweigert hatte, decretirte dieser ihn sich selbst, und ein Theil der Tribunen unterstützte ihn.[437] Die Tribunen machten gleich den mit imperium versehenen Magistraten das Recht geltend während der Dauer ihres Amts nicht vor Gericht gezogen zu werden, und das Herkommen hatte sich allerdings dahin gebildet; allein in einzelnen Fällen, wo ein Tribun sich in höchst verwerflicher Weise auf dies Privilegium berufen, ließen seine eigenen Collegen ihn im Stich und decretirten, daß das Herkommen hier

---

beispielsweise verweise ich auf Cic. de leg. 2, 24, de offic. 1, 35. 2, 19. Gellius 5, 19. Dürfte man auf das durch Servius und Macrobius uns aufbewahrte Zeugniß des Varro Gewicht legen, so würde gar mos nur die Sitte in unserem Sinn, consuetudo aber die Steigerung derselben zum eigentlichen Gewohnheitsrecht ausdrücken. Serv. ad Aeneid. 7, 601: morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit. Ebenso Arnobius adv. gent. 2, 21 fiet familiaris e more consuetudo in naturam versa, Macrob. Saturn. 3, 8, morem praecedere, sequi consuetudinem . . perseverantiam consuetudinis . . . cultus moris, quod est consuetudo.

435) Liv. 24, 9. Tempus ac necessitas belli ac discrimen summae rerum faciebant, ne quis aut in exemplum exquireret etc.

436) Liv. 4, 31.

437) Liv. 10, 37. novo exemplo.

nicht beachtet werden solle.[438]) Hinsichtlich der Abstimmung im Senat war seit altersher eine bestimmte Ordnung hergebracht, allein dies hinderte nicht, daß manche Consuln sich darüber hinwegsetzten.[439]) Ebenso nahm der Senat, wo es nöthig schien, keinen Anstand, das Herkommen zu verlassen,[440]) ja selbst der Pontifex maximus mußte sich auf Wunsch des Volkes mit widerstrebendem Herzen dazu entschließen.[441]) Eine unmotivirte Abweichung vom Herkommen, eine eigentliche Mißachtung desselben erregte in Rom die größte Mißbilligung, allein selbst bei der schärfsten Kritik ward die Anklage doch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestellt, wenigstens von Seiten solcher Schriftsteller, welche die Sache kannten und einen ungenauen Ausdruck vermieden.[442]) Daß andere Schriftsteller das Herkommen und die Praxis leicht mit dem Recht verwechseln konnten, liegt auf der Hand, und es wäre daher ein Wunder, wenn sich nicht unter den Berichterstattern manche bloß hierdurch veranlaßte Differenzen über staatsrechtliche Fragen finden sollten. Wo namentlich griechische Berichterstatter, wie Polybius, Dionysius, Plutarch eine rechtliche Verpflichtung annahmen,[443]) wußte

438) Val. Max. 6, 1, 7. 6, 5, 5.

439) Gell. 14, 7. In dem Fall, von dem Gellius spricht, geschah es per ambitionem gratiamque, allein das Recht dazu ward gleichwohl auch hier dem Consul nicht bestritten.

440) Val. Max. 2, 7. §. 15. tribuno plebis adversante, ne adversus morem majorum animadverteret. Liv. 5, 16; 24, 9; 31. 6 u. 8; 39, 3. 9.

441) Liv. 9, 46. quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

442) z. B. Cic. in Vat. c. 14. in omni memoria omnino inauditum. Liv. 45, 21. novo maloque exemplo.

443) z. B. hinsichtlich der Frage, ob der Consul ohne einen Senatsbeschluß Gold aus dem Aerar nehmen dürfe. Polyb. 6, c. 12. §. 5, c. 15. Zonar. 7, 13. Da unsere neueren Schriftsteller den im Text angegebenen Gesichtspunkt nicht beachtet haben, so setzt sich auch unter ihnen, wie bei dieser Frage (Rubino Untersuchungen, S. 178. Becker Handbuch der röm. Alterth. Bd. 2. Abth. 2. S. 110), so bei vielen andern die Differenz

der mit der altrömischen nationalen Anschauungsweise vertrautere einheimische Schriftsteller, daß eine solche nicht existire; was dem Einen als Rechtsverletzung erschien, darin fand der Andere eine wenn auch anstößige, tadelnswerthe, doch aber formell legale Handlung. Ich brauche nicht zu bemerken, wie gerade diese Differenz zwischen den Berichterstattern die Richtigkeit meiner ganzen Auffassung bestätigt. An dieser Differenz, oder allgemeiner an dem Eindruck der Unbestimmtheit, Zweifelhaftigkeit u. s. w., der uns auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts keinen Augenblick verläßt, zeigt sich deutlich, daß hier die Sitte, deren Wesen ja gerade die Unbestimmtheit ist, ihr Spiel treibt.[444])

Es gab in Rom eine Gewalt, an der die Macht der Sitte sich wie an keinem andern Punkt bethätigte, den römischen Senat,[445]) und unsere Aufgabe bringt es mit sich, daß wir sein Verhältniß zu den Magistraten, namentlich den Consuln der Prüfung unterwerfen. Daß dem Rechte nach der Senat nur eine rein berathende Behörde war und nicht über, sondern unter den

---

fort; alle Bemühungen, die scheinbaren Widersprüche der Quellen zu vereinigen, werden hier so lange erfolglos bleiben, bis man sich entschließt, den obigen von mir aufgestellten Gesichtspunkt zu Grunde zu legen und zu verwerthen.

444) Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, anstatt wie bisher bei der Bearbeitung des römischen Staatsrechts sich durch den Zweck leiten zu lassen, überall bestimmte und sichere Grundsätze zu gewinnen, umgekehrt einmal die Controversen desselben zu constatiren. Es ist mir hier nicht möglich, das Material, das ich mir gesammelt, mitzutheilen, ganz abgesehen davon, daß es bei weitem nicht vollständig genug ist. Aber ich kann auf Grund desselben Jedem, der sich zu einer solchen Arbeit entschließen mag, im voraus eine sehr reiche Ausbeute in Aussicht stellen.

445) Fast alle Normen, die sich in Bezug auf den Senat entwickelt hatten, waren meiner Ansicht nach Praxis und Sitte, z. B. die Verpflichtung zur Berufung des Senats, zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge bei der Abstimmung, die Wirkung der senatus autoritas, daß sie den Beamten, der dieser autoritas gefolgt war, gegen eine Anklage vor dem Volk sicher stellte u. s. w.

Consuln stand, darüber würde wahrscheinlich gar kein Zweifel herrschen, wenn hier nicht wiederum die Gestaltung, die dies Verhältniß in der Sitte gewonnen hatte, irre geleitet hätte. Die Formen, in die der Senat seine Beschlüsse einkleidet,[446]) sollten allein schon auf den rechten Weg weisen, und außerdem fehlt es nicht an historischen Thatsachen und Aeußerungen der Römer, die jenes Verhältniß des Senats ins klarste Licht setzen.[447]) Es begreift sich aber, daß das Gutachten und der Antrag einer Körperschaft, die aus den durch ihre sociale Stellung, politische Einsicht und Erfahrung hervorragendsten Männern bestand, für den Consul sowohl wie in den Augen des Volks eine hohe moralische Autorität haben mußte. Ganz abgesehen davon mußte schon das eigene Interesse den Consul bestimmen, alle wichtigen Maßregeln mit dem Senat zu berathen und ein möglichst gutes Vernehmen mit ihm zu unterhalten, um an ihm dem Volk gegenüber einen moralischen Rückhalt zu haben. Konnte er bei Maßregeln, die voraussichtlichermaßen auf Widerstand stoßen würden, sich die Zustimmung des Senats verschaffen,[448]) so lenkte er nicht bloß

---

446) Senatui placere, videri, senatum existimare, arbitrari, aequum censere etc. Brisson. de voc. ac form. lib. II, c. 73—78. Daher auch der Beschluß selbst: Senatus consultum.

447) z. B. Dionys. excerpta 16, 16, wo der Consul einen Senatsbeschluß mit den Worten zurückwies: *οὐ τὴν βουλὴν ἄρχειν ἑαυτοῦ, ἕως ἐστὶν ὕπατος, ἀλλ' αὐτὸν τῆς βουλῆς*, ferner solche Scenen, wie z. B. bei Val. Max. 6, 2. 2. 9, 5. 1, 2, wo der Senat sich dem Consul gegenüber aufs Bitten legte, und letzterer ihn nicht einmal einer Antwort würdigte, oder der Consul in der Sitzung des Senats an ein Mitglied Hand anlegen ließ. S. außerdem die von Rubino Untersuchungen u. s. w. S. 145 u. 146 beigebrachten Stellen.

448) Aus demselben Grunde fühlte sich der Senat veranlaßt, Fragen, die er verfassungsmäßig allein entscheiden konnte, an das Volk zu bringen. So z. B. Liv. 5, 36. Itaque ne penes ipsos culpa esset . . ., cognitionem . . ad populum rejiciunt und 7, 20. 9, 30. Rubino a. a. O. S. 273, 274, oder wohl an den Magistrat zur eignen Entscheidung zurück zu verweisen (rejicere ad magistratum), Liv. 9, 43.

das Gehässige derselben[448a]) sowie die Gefahr einer demnächstigen Verurtheilung[449]) von sich ab, sondern die Maßregel selbst fand von vornherein eine ganz andere Aufnahme, als wenn er einseitig aus eigner Machtvollkommenheit sie verhängt hätte.[450]) Dazu kommt ferner, daß die Bewilligung der Provinzen, Legionen, Triumphe u. s. w. vom Senat abhing, ein ehrgeiziger Magistrat also allen Anlaß hatte, sich den Senat geneigt zu machen. So begreift es sich, daß die Senatsbeschlüsse in der Regel bei dem Consul dieselbe Beachtung fanden, wie in der Kaiserzeit die orationes principis beim Senat, und daß dem Effect nach der Senat eine der einflußreichsten staatsrechtlichen Gewalten war, ungeachtet er der Form, der abstractrechtlichen Stellung nach eine bloß berathende Stimme hatte. Man darf aber die Sache nicht so ansehen, als ob das abstractrechtliche Moment hier ein Begriff ohne alle praktische Realität gewesen, ein Moment, das bei der staatsrechtlichen Charakteristik des Senats außer Acht gelassen werden dürfe. Selbst für die Zeiten, als der Senat den Gipfel seiner Macht erreicht hatte, würde dies nicht zu billigen sein, geschweige für die früheren. Die praktische Realität jenes Moments zeigt sich darin, daß in Wirklichkeit manche Fälle vorkamen, wo die Beamten nicht bloß die wichtigsten Maßregeln ohne Zuziehung des Senats aus eigner Machtvollkommenheit vornahmen, sondern sich auch mit der erklärten Meinung des Senats in Widerspruch

---

448a) Liv. 5, 20 ipsum dictatorem fugere invidiam ex eo; eo delegasse ad senatum. 5, 22 qui ad senatum malignitatis auctores quaerendo rem arbitrii sui rejecisset.

449) Liv. 5, 29. Hier wurden zwei Tribunen, die auf Veranlassung des Senats intercedirt hatten, dennoch hinterher verurtheilt, aber wie Livius sagt: pessimo exemplo, und gerade dieser Fall zeigt deutlich, welchen Schutz die Autoritas senatus gewährte. Die Consuln wurden aufs bitterste getadelt, daß sie es gelitten hätten: fide publica decipi tribunos, qui senatus auctoritatem sequuti essent.

450) Es werden Fälle erwähnt, wo der Magistrat, weil ihm diese moralische Unterstützung des Senats fehlte, seine durchaus legalen Intentionen nicht durchsetzen konnte, z. B. Liv. 8, 15.

setzten, die Beschlüsse desselben mißachteten[451]) (non esse in autoritate senatus), ohne daß eine solche Handlungsweise als illegal und nichtig, ja nur einmal stets als tadelnswerth gegolten hätte. Hatte z. B. der Senat sich durch Partheileidenschaft zu seinem Beschluß verleiten lassen,[452]) so warf das moralische Uebergewicht der öffentlichen Meinung sich auf Seiten des Beamten, und letzterer trug formell wie moralisch einen Sieg über den Senat davon. Abgesehen hiervon aber hatte derselbe dem Senat gegenüber einen schweren Stand, und bei einer Opposition in schlechter, dem Senat verderblicher Absicht keine Aussicht auf Erfolg.[452a]) Denn wenn der Senat gleich rechtlich keine Gewalt über ihn hatte, so fehlte es ihm doch nicht an Mitteln, seinen Willen durchzusetzen. Das nächstgelegene war,[452b]) daß er sich der Mitwirkung eines Magistrats versicherte, der vermöge seiner amtlichen Stellung den Widerspenstigen zu zwingen vermochte. In diesem Verhältniß standen z. B. der Dictator und die Tribunen zu allen Beamten, der Consul zu allen andern mit Ausnahme dieser beiden. War also z. B. der Consul selbst nicht in autoritate senatus, so ward sein College beauftragt, einen Dictator zu ernennen.[453]) Führte dieser den Auftrag aus, so war die Gewalt der Consuln erloschen und damit der Widerstand gebrochen. Führte er den Auftrag nicht aus, oder machte er von

451) Beispiele bei Appian. de bello civ. I, 19. Liv. 43, 2. Rubino a. a. O. S. 128. Anm. 3 u. Laboulaye S. 34. 36.

452) Wie z. B. gegen den Postumius. Anm. 437, oder den Metellus, Auct. de vir. illustr. c. 45 quum per calumniam triumphus ei a senatu negaretur, de sua sententia in Albano monte triumphavit. Liv. 7, 17.

452a) S. z. B. den Conflict, den der Consul M. Popillius mit dem Senat hatte. Liv. 42, 8—10, 21, 22.

452b) Ein anderes s. z. B. Liv. 42, 10. Macedoniam decreturos negant, ni de M. Popillio referretur. Postulantibus deinde, ut novos exercitus scribere, ut supplementum veteribus liceret, utrumque negatum est; 7, 17 omnique ope impediebant, ne quid dictatori ad id bellum decerneretur pararetur ve.

453) Liv. 30, 24.

Anfang an gemeinschaftliche Sache mit seinem Collegen, so konnte der Senat die Tribunen angehen und dieselben ersuchen, von ihrem Zwangsrecht gegen die Consuln Gebrauch zu machen, um letztere zu der gewünschten Maßregel oder zur Niederlegung ihres Amts (unmittelbar durch Abdication oder mittelbar durch Ernennung eines Dictators) zu zwingen.[454]) Auch sie wie der Consul selbst waren rechtlich nicht verpflichtet, den Auftrag anzunehmen, aber es ist begreiflich, daß sie gern bereit waren es zu thun. Im äußersten Fall blieb dem Senat noch das Mittel, den Beamten für einen Feind des Vaterlandes[455]) und damit seines Amtes für verlustig zu erklären. Abgesehen davon konnte aber der Senat ihn nicht seines Amts entsetzen (bekanntlich konnte dies selbst das Volk nicht) und eignete sich daher der Fall nicht zu einer äußersten Maßregel, und verweigerten die Tribunen ihre Hülfe, so blieb dem Senat nichts übrig, als auf das Ende des Amtsjahrs und auf größere Willfährigkeit der Nachfolger zu hoffen (s. z. B. Note 452[a]).

Die bisherigen Beispiele mögen genügen, um meine obige Behauptung von der eigenthümlichen Kraft der staatsrechtlichen Sitte zu erläutern und zu beweisen. Was ich aber *nicht* beweisen kann, ist das *quantitative* Verhältniß der Sätze der staatsrechtlichen *Sitte* zu denen des *Staatsrechts*; ein solcher Beweis wäre mit einer Darstellung des gesammten römischen Staatsrechts gleichbedeutend. In dieser Beziehung muß ich mich also auf das bloße Behaupten beschränken, im übrigen aber auf das Urtheil sachkundiger Richter provociren. Meine Behauptung aber geht dahin, daß der bei weitem größte Theil der Normen,

454) Liv. 4, 26: ut dictatorem dicere consules pro potestate vestra cogatis. Der hier erwähnten Aufforderung von Seiten des Senats hatten die Tribunen die Möglichkeit einer Ausdehnung ihrer prensio gegen die Consuln zu verdanken. Liv. 5, 9: et collegae aut facient, quod censet senatus aut si pertinacius tendent, dictatorem extemplo dicam, qui eos abire magistratu cogat. Eine solche gezwungene Niederlegung des Amts wird öfters in den Quellen erwähnt. Liv. 5, 31; 8, 3, epit. 19 u. a.

455) z. B. Appian. de bello civili I, 65.

die im öffentlichen Leben der Römer zur Anwendung kamen, nicht Staatsrecht, sondern Staatssitte gewesen. Dieser Zustand machte es möglich dem wechselnden Bedürfniß der Zeiten gerecht zu werden, ohne stets erst die Gesetzgebung zu Hülfe zu rufen, sowie er es andererseits dem Historiker freilich unendlich erschwert der Bewegung zu folgen, jenes fast ununterbrochene Wachsen und Abnehmen, Ausdehnen und Zusammenziehen der verschiedenen Gewalten, jenes Wogen, Schieben und Stoßen der verschiedenen Elemente zu schildern. Diese Biegsamkeit der Sitte, diese rechtliche Möglichkeit, publicistische Normen und Maximen in Fällen, wo ihre Anwendung dem wahren Wohl des Staats widerstrebt haben würde, ausnahmsweise zur Seite zu schieben — sie überhob die Römer jener traurigen Nothwendigkeit, in die wir heutzutage uns so oft versetzt sehen, nämlich bei einem Conflict zwischen den bestehenden Gesetzen und der Noth des Augenblicks dem Bedürfniß des individuellen Falls zu Liebe entweder das Gesetz zu ändern oder zu übertreten oder aber das ganze Bedürfniß dem Gesetz zu opfern. Wenn es uns bei der Schilderung der privatrechtlichen Verhältnisse vorzugsweise darum zu thun war zu zeigen, wie die Sitte beschränkend auf die abstracte Freiheit einwirkte, so kam es uns bei dem vorliegenden Gegenstand umgekehrt darauf an, nachzuweisen, wie die Sitte trotz ihres beschränkenden Einflusses der Freiheit immerhin noch einen großen Spielraum ließ. Bei jenen Verhältnissen hat man den Einfluß der Sitte ebenso sehr zu gering, wie bei diesen zu hoch angeschlagen. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt in der Beschaffenheit unserer Quellen, nämlich in der Dürftigkeit derselben rücksichtlich des rein privatrechtlichen, der Reichhaltigkeit derselben rücksichtlich des öffentlichen Lebens. Die Juristen, die das Privatrecht behandelten, schlossen das Element der Sitte mit vollem Recht von der Betrachtung aus. Wer aber das römische Staatsrecht darzustellen hatte, konnte sich nicht in gleicher Weise auf den abstract-rechtlichen Gesichtspunkt beschränken, sondern mußte das gesammte öffentliche Leben zum Gegenstand der Darstellung machen.

Kurz das Staatsrecht war *Geschichte* und *Statistik*, das Privatrecht eine abstracte *Theorie*. Für jenes besteht die Aufgabe darin, über der Sitte nicht das abstracte Recht, für dieses, über dem abstracten Recht nicht die Sitte zu übersehen.

Wir haben jetzt die einzelnen objectiven Momente, die zur Charakteristik der Magistratur nöthig sind, kennen lernen: die abstract-rechtliche Freiheit auf der einen, das Maß und die Art ihrer Gebundenheit auf der andern Seite. Aber ein wesentliches Moment zu dieser Charakteristik fehlt uns noch, es ist das rein subjective der Persönlichkeit des Beamten.

Die meisten Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts lassen sich ganz wie die des Privatrechts (S. 132) als weite, elastische Formen bezeichnen, die der Person die freieste Regung verstatten und erst mit und an der Persönlichkeit ihres Trägers ihren eigentlichen Inhalt bekommen. Sie sind also das gerade Gegentheil von dem, was man in neuerer Zeit so gern aus ihnen hat machen wollen, Mechanismen, die von der Persönlichkeit des Subjects möglichst unabhängig sein, bei aller Verschiedenheit derselben doch die möglichst gleichen Resultate hervorbringen sollen, enge, feste, starre Formen und Gehäuse, die *sich* nicht der Persönlichkeit, sondern *denen sie* sich accommodiren soll. Jene römischen Gewaltverhältnisse aber, wie sie einerseits das entscheidende Gewicht auf die Persönlichkeit werfen, von dem freien Schwunge derselben alles hoffen und erwarten, sind in ihren Resultaten, ja in ihrem jeweiligen Machtgehalt wesentlich von der Person abhängig. Sie richten sich nach der Größe ihres Trägers; weit oder elastisch genug, um auch dem mächtigsten Charakter die nöthige Ausdehnung zu verstatten, schrumpfen sie zusammen, wie das Kleid in der Sage am Körper des Kleinen. Dem abstracten Recht nach hätte die Macht einer und derselben Magistratur dieselbe sein müssen, wer sie auch bekleidete, allein in Wirklichkeit richtete sich das Maß dieser Macht wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers. Ein schwacher, ängstlicher, zaghafter Charakter in den Besitz dieser Gewalt versetzt, wagte es nicht, sie in ihrer

ganzen Wucht geltend zu machen, und konnte es auch nicht, denn um dies zu können, bedurfte es eines entschlossenen Muthes und eines festen Armes. Bei einem solchen Träger verliert die Magistratur an Kraft, sie fügt sich, wo sie es nicht nöthig hätte,[457] vermeidet den Streit, und wo sie ihn dennoch aufnimmt, unterliegt sie. Aber wenn dann einmal wieder ein ganzer Mann, ein eiserner Charakter, ein wahrer Herrscher an dessen Stelle tritt, wie schwillt das Amt an, zu welcher Würde, Gewaltigkeit und Majestät! Rechte, welche seine Vorgänger seit Jahrhunderten nicht mehr gewagt haben zu benutzen, werden der Vergessenheit entrissen,[458] neue Ansprüche, oder solche, die bisher ohne Erfolg erhoben waren, geltend gemacht und durchgesetzt, der Glanz des Amts wiederhergestellt und erhöht, kurz das Amt nimmt einen mächtigen Aufschwung, und noch viele Jahre nachher zehren die Nachfolger von dem Gewinn dieses einen Amtsjahres. Man

457) So z. B. bei Liv. 3, 26 die Consuln rücksichtlich des von den Tribunen in Anspruch genommenen jus prensionis; wenn damals andere Männer dies Amt bekleidet hätten, sie würden die tribunitische Anmaßung gewiß verdientermaßen zurückgewiesen haben. — Wie verschieden benutzten manche Consuln die ihnen vom Volk oder Senat ertheilte Autorisation zum Abschluß eines Friedens! Einige schlossen ohne Vorbehalt und ohne vorherige Anzeige an den Senat nach eigenem Gutdünken den Vertrag ab (Beispiele bei Rubino a. a. O. S. 267, 268), andere wagten von ihrer Vollmacht keinen Gebrauch zu machen, sondern behielten dem Volk die schließliche Entscheidung vor. Liv. 30, 43. 44.

458) Ein höchst interessantes Beispiel gewährt hier Liv. 27, 8. Der flamen Dialis hatte von altersher Sitz und Stimme im Senat, allein mehrere Menschenalter hindurch war dies Recht »ob indignitatem priorum flaminum« nicht zur Ausübung gekommen, bis einmal eine geachtete und entschlossene Persönlichkeit diesen Posten bekleidete und es wagte von jenem Recht Gebrauch zu machen und den Widerspruch, der anfänglich entgegengesetzt ward, besiegte. Mit diesem Einen zurückeroberten Rechte hatte das Amt selbst unendlich viel gewonnen. Daß aber lediglich die Persönlichkeit des damaligen flamen den Ausschlag gegeben habe (magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem obtinuisse), darüber war, wie Livius berichtet, nur eine Stimme. S. ferner das Beispiel vom Scipio Liv. 38, 55 i. f., von Cäsar Sueton. Caesar 20.

erinnere sich z. B. der Censur. Was war sie bei ihrer Einführung, was ein Jahrhundert später! Und wodurch? Nicht durch Unterstützung und Beihülfe von Seiten der Gesetzgebung, sondern Alles durch die Macht der Persönlichkeit. Mit jedem großen Charakter, den man mit diesem anfänglich so unbedeutenden Amt bekleidet hatte, dehnte und weitete sich dasselbe, jeder ächte Censor war „Mehrer des Reichs", ein Stück Censur. Kein Gesetz hätte ein solches Institut schaffen können, so wenig wie es dasselbe zu halten vermochte, als die alten Censoren ausstarben. Das innere Mark des Instituts, in dem seine Kraft und Stärke ruhte, und ohne das es nichts war, kam durch die Censoren selbst hinein, war das Resultat der Unerschrockenheit und Strenge, des sittlichen Ernstes und der eignen sittlichen Würdigkeit, durch die sie dem Volk imponirt hatten. Wenn wir heutzutage zu sagen pflegen: Das Amt macht den Mann, so können wir für die römische Welt den Satz dahin umdrehen: der Mann machte das Amt. [459])

Ich habe oben gesagt, daß die Amtsgewalt sich wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers richtete. Am auffallendsten zeigt sich dies an dem Verhältniß der verschiedenen Staatsgewalten zu einander. Es wird aus dem bisherigen klar geworden sein, daß dasselbe ein außerordentlich fruchtbarer Boden für Conflicte der mannigfaltigsten Art sein mußte. Denn die Machtgebiete der einzelnen aus so heterogenen politischen Elementen gebildeten Gewalten durchkreuzten sich in seltsamer Weise, die Gränzen waren vielfach sehr unbestimmt, und selbst der Besitzstand, soweit er sich auf stillschweigende Convention und Herkommen stützte, schloß

459) Liv. 4, 8 legt den Patriciern bei Einführung der Censur diese Erwägung unter: futurum . . . ut mox opes eorum, qui praeessent, ipsi honori jus majestatemque adjicerent. Ein solcher Mann war Cato und die Rücksicht auf seine Persönlichkeit verschaffte ihm über alle seine einflußreichen Mitbewerber den Sieg [Liv. 39, 40, 41]; er entsprach den Erwartungen [ibid. c. 44]. Mitunter artete die Kraft auch wohl in Trotz aus, so z. B. bei Appius Claudius Liv. 9, 33, 34.

nicht die Möglichkeit einer Erweiterung der Macht auf Kosten anderer Gewalten aus. Dazu kam, daß das Intercessionsrecht die Befugniß gewährte selbst in das zweifellose Gebiet einer andern Macht hinüber zu greifen. Es begreift sich, daß bei einer solchen Gelegenheit zu Conflicten[460]) unendlich viel darauf ankam, welche Charaktere sich einander gegenüberstanden, und daß je nach Verschiedenheit derselben der Ausgang des Conflicts selbst ein verschiedener war. Einer imponirenden Persönlichkeit verstattete man, was man einer andern nie eingeräumt hätte, und Maßregeln, die man gegen letztere unbedenklich ergriff, wagte man gegen erstere nicht zur Anwendung zu bringen. So z. B. ward einst von zwei Censoren wegen einer und derselben Amtshandlung der eine in Anklagezustand versetzt, an dem andern, der durch seine Stellung und Persönlichkeit imponirte, wagte man sich nicht zu vergreifen, und nur dem entschlossenen Auftreten desselben hatte jener es zu verdanken, daß er losgesprochen ward.[461]) So bestimmte sich namentlich auch der Erfolg der Drohung, durch die der eine Magistrat den andern einzuschüchtern versuchte, ganz nach dem Verhältniß der sich gegenüberstehenden moralischen Kraft. Während sie in diesem Fall machtlos war und verlacht

460) Uebrigens verdient hier die treffende Bemerkung von Laboulaye a. a. O. S. 75 beherzigt zu werden: Ces pouvoirs indépendants, sagt er, les consuls, les tribuns, le sénat, s'entendaient comme aujourd'hui les chambres et le pouvoir exécutif; les consuls essayaient de se maintenir constamment *in auctoritate senatus*, et le sénat, de son côté, s'efforçait de conserver la bonne intelligence entre les tribuns et les consuls. On était tout-puissant par l'union, mais chacun était sans force dès que l'accord n'existait plus. Il fallait donc à tout prix conserver cette harmonie, et c'est ce qui explique comment tout se faisait par une suite des transactions, de concessions mutuelles, de tempéraments perpétuels.

461) Auct. de vir. illust. c. 57: ob quod a populo collega ejus Claudius (nam ipsum autoritas tuebatur) reus factus et quum eum duae classes condemnassent Tiberius juravit, se cum illo in exsilium iturum; ita reus absolutus est.

ward, erreichte sie dort ihren Zweck.[462]) Bald zwingt mittelst ihrer ein Tribun den Consul, bald wieder ein Consul den Tribun und den eignen Collegen zum Nachgeben;[463]) bald wird der Drohung von der einen eine Drohung von der andern Seite entgegengesetzt. So sucht ein Dictator die Plebs von ihren Vorsätzen abzuschrecken, indem er ankündigt, daß er eine Aushebung veranstalten und die unruhige Mannschaft aus der Stadt führen werde, und die Tribunen ihrerseits antworten ihm darauf mit einem Plebiscit, wodurch ihm für diesen Fall eine Strafe von einer halben Million auferlegt ward.[464]) Bald wieder wagt der Beamte nicht aus seiner Drohung Ernst zu machen und läßt geschehen, was er verhindern wollte, bald weicht er keinen Schritt zurück und setzt seinen Zweck durch.[465]) Die Censoren hatten bekanntlich das Recht, die Liste des Senats anzufertigen, und es behielt bei ihrer Redaction sein Bewenden. Als diese Liste aber einst nach Gunst und Willkühr entworfen war, erklärten die Consuln, daß sie sich nicht daran binden würden, und griffen zu einer frühern zurück.[466]) Als einst ein Prätor, während er sein Amt verwaltete, sich nicht erhob, indem der Consul Aemilius Scaurus, ein Mann von gewaltigem Charakter vorüberging, ließ dieser ihm nicht allein das Kleid am Leibe zerreißen und seinen Sessel zerschlagen, sondern er erließ ein Edict, daß Niemand fortan bei demselben Recht suchen solle, das heißt also im Grunde: er nahm ihm das

462) Man vergleiche z. B. Liv. 4, 26 mit 5, 9; 7, 3 i. f.

463) S. z. B. Florus epit. 2, 2. §. 17. Liv. 2, 56. 4, 26. 38, 54: Cato tribunos auctoritate deterruit, ähnlich der pontifex maximus bei Liv. epit. 19; ibid. 37, 19: Et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum est et imperia inhibita ultro citroque et pignora capta et multae dictae et tribuni appellati et provocatum ad populum est. Religio ad postremum vicit, ut dicto audiens esset flamen pontifici.

464) Liv. 6, 38.

465) Man vergleiche z. B. Liv. 8, 15 mit Vellej. Paterc. 2, 92 und Gell. 6, 9.

466) Liv. 9, 30.

Amt, welches das Volk ihm gegeben hatte.[467]) In den beiden letzten Fällen war die formelle Berechtigung zu einer solchen Maßregel wohl mehr als zweifelhaft.

Ich will die Beispiele nicht mehr häufen, um so weniger da schon unsere frühere Darstellung Gelegenheit hatte an zwei wichtigen Punkten, dem Herkommen und dem Verhältniß des Magistrats zu dem Senat, die Bedeutung des persönlichen Moments für die Magistratur hervorzuheben. Wir haben damit unser Ziel erreicht und den Gedanken der Macht und Freiheit, als den psychologisch nothwendigen und sittlich berechtigten Ausdruck des Persönlichkeitsgefühls nicht minder im öffentlichen als im Privatrecht verwirklicht gefunden. Wenn ich den Leser durch den langen Weg, den ich ihn geführt habe, ermüdet habe, so möge mich zweierlei entschuldigen. Einmal, daß jener Gedanke sich als innerster Kern des ganzen römischen Rechtsgefühls bezeichnen läßt, daß er, möge man auf die Verfassung des Hauses oder auf die des Staats sehen, eine Beachtung verlangte, wie kein anderer, ja daß alles andere nur seinetwegen da ist, um ihn zu schützen und zu verwirklichen. Sodann aber, daß es zugleich meine Absicht war, in dem Bilde, das ich hier entworfen, einer Zeit wie der unsrigen, die in Wissenschaft und Leben das Recht und die Macht der Persönlichkeit nicht selten so gründlich mißachtet hat, einen Spiegel vorzuhalten, aus dem sie erkennen kann, wie sie ist, und was ihr fehlt. Daß ich nicht der Ansicht bin, als könnte und sollte sie das altrömische System copiren, daß ich vielmehr sehr wohl weiß, wie sehr letzteres in seiner ganzen Eigenthümlichkeit an das alte Rom mit seinen Menschen und Zuständen geknüpft war, — dies zu zeigen, wird mir die Schlußbetrachtung des folgenden Paragraphen eine passendere Gelegenheit geben.

---

467) Auct. de vir. illustr. c. 72.

C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

Die Abstraction des Freiheitsbegriffs als Entdeckung des Privatrechts — Die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben — Die Productivität der autonomischen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt.

XXXVI. Wir sind jetzt auf dem Punkt angelangt, um das System der Freiheit in seiner Totalität überschauen und beurtheilen zu können. Indem ich es dem Leser glaube überlassen zu dürfen sich die Züge, welche die bisherige Darstellung geliefert hat, zu einem Gesammtbilde zu vereinigen, benutze ich den gewonnenen Standpunkt, um unser System als eine einzelne historische Erscheinung in seinen höhern Zusammenhang einzureihen und die historische Bedeutung zu bestimmen, die es von diesem Standpunkt aus in Anspruch nehmen kann.

Bei der Auffassung des Systems der Freiheit haben wir uns, wie bereits früher bemerkt, gleichmäßig vor zwei Einseitigkeiten zu hüten, nämlich einmal über dem abstracten Recht nicht die Sitte und die reale Wirklichkeit des Lebens und sodann über letzterer nicht das abstracte Recht außer Acht zu lassen. Es ist nicht minder unerläßlich die rechtliche Freiheit in der ganzen Nacktheit des abstracten Begriffs zur Anschauung zu bringen, zunächst also von allen sittlichen Bezügen, Einflüssen und Banden, durch die sie mit dem Leben verknüpft war, zu abstrahiren als andererseits hinterher diesen thatsächlichen Gewalten die vollste Anerkennung zu Theil werden zu lassen. Beide Gesichtspunkte und Aufgaben aber soll man aufs schärfste aus einander halten, und gerade dies ist ein Punkt, wo wir nicht genug von den Römern lernen können, denn diese Scheidung ist eins ihrer unsterblichsten Verdienste, *der erste und wesentlichste Schritt zur Entdeckung des Privatrechts*. Zu diesem Zweck war es erforderlich, daß sie sich bei der abstract-rechtlichen Formulirung des Freiheitsbegriffs durch die sittlich-natürliche Lebens-

anschauung, von der sie durchdrungen waren, durch die äußere Erscheinung der Freiheit im Leben, durch die tausenderlei Einflüsse und Beschränkungen, denen letztere hier ausgesetzt war, in nichts beirren ließen.

Ich habe mich früher (S. 131—133) schon dahin ausgesprochen, daß die Römer hier das absolut Richtige getroffen haben, denn die einseitige Geltendmachung und Durchführung des Gesichtspunktes der Macht und Herrschaft, die Betrachtung des gesammten Privatrechts und aller seiner Verhältnisse unter diesem einen Gesichtspunkt ist eben das absolut Richtige. Juristisch diese Verhältnisse zu betrachten heißt nichts anderes als den abstract-rechtlichen Machtgehalt derselben ausscheiden und zur Darstellung bringen. Jedes Recht ist ein Stück concret gewordener und bestimmt gestalteter Willensmacht; nur die Verhältnisse sind juristische und nur soweit sind sie es, als in ihnen dieser Bestandtheil sich findet; was sie sonst noch enthalten an andern Stoffen, an sittlichen, politischen, ökonomischen Ideen u. s. w., kommt für die juristische Betrachtung, für ihre Definition gar nicht in Betracht. Wenn die Römer die Rechtsverhältnisse von vornherein unter diesem exclusiv-juristischen Gesichtspunkt auffaßten, so finde ich den Grund davon in unserm Macht- und Freiheitstriebe, in der Gewalt, die der Gedanke der Herrschaft auf das römische Gemüth ausübte, in der Einseitigkeit und Energie, mit der sie ihn als letzten Endzweck überall verfolgten. Ich meine nicht, als ob es nicht höhere Endzwecke gebe als diesen römischen — aber was die Römer bei Verfolgung desselben gefunden, das darf und soll der Welt zu gute kommen. Ob es niedrige Gewinnsucht war, die den Handel in ferne Länder und zu neuen Entdeckungen führte, was gilt es uns? die Entdeckung selber werden wir darum nicht verschmähen. So dürfte der Höhenpunkt der römischen Sittlichkeit immerhin noch so tief liegen, ungleich tiefer als ich ihn im bisherigen angenommen habe — er lag gerade in der richtigen Höhe, um von hier aus eine Entdeckung zu machen, die man von einem wirklich oder vermeintlich

höheren Punkte aus nicht gemacht haben würde — die Entdeckung des Privatrechts. Diese Errungenschaft kann und soll jedes Volk sich zu Nutze machen. Nur mißverstehe man mich nicht. Es ist neuerdings die Behauptung aufgestellt, das römische Recht sei das absolute Recht.[468]) Das ist eine arge Uebertreibung, bei der eine richtige Ahnung zu Grunde liegen mag. In dem römischen Recht sowohl der gegenwärtigen wie der folgenden Periode steckt viel national Römisches, und soweit die Opposition, die dasselbe von jeher erfahren hat, hierdurch veranlaßt ward, ist sie meiner Ansicht nach durchaus berechtigt. Um das Privatrecht zu gewinnen, haben wir das römische recipirt, es wäre aber falsch zu glauben, als ob die historische Form, in welcher der absolut richtige Gedanke zuerst zur Welt kam, gleichfalls die absolute wäre und ihn selbst für ewige Zeiten bedingte. Der absolut richtige Gedanke ist: alle privatrechtlichen Verhältnisse sind Machtverhältnisse, Willensmacht ist das Prisma der privatrechtlichen Auffassung, und die ganze Theorie des Privatrechts hat nur die Aufgabe das Machtelement in den Lebensverhältnissen aufzudecken und zu bestimmen. Das Römische und mithin Vergängliche ist das Maß und die Ausdehnung, in der die Römer die Macht innerhalb der verschiedenen Verhältnisse zugelassen haben.

Jener erste Satz ist weit entfernt sich der allgemeinen Zustimmung zu erfreuen. Es gereicht unserem wissenschaftlichen Bewußtsein gerade nicht zur Ehre, daß eine Wahrheit, die der einfache gesunde Menschenverstand in Rom längst entdeckt hatte, von Manchen nicht bloß aus den Augen verloren, sondern geradezu als Irrthum und als ein Mangel des römischen Rechts bezeichnet werden konnte. Man hat letzterem nämlich den Vorwurf gemacht, daß es bei der Construction seiner Rechtsverhältnisse das sittliche Moment ganz außer Acht gelassen habe, und nennt es Romanisiren, wenn man bei den deutschrechtlichen Ver-

---

468) G. Lenz über die geschichtliche Entstehungsweise des Rechts. Greifswald u. Leipzig 1854.

hältnissen dieselbe Methode befolgt. Ein solcher Tadel bezweckt geradezu die Negation jeder Jurisprudenz, denn das Wesen der letzteren besteht eben darin, daß sie von allem Nicht-juristischen in den Verhältnissen abstrahirt, und nicht-juristisch ist alles, was auf den Gesichtspunkt der Macht nicht reagirt.

Daß ganz verschiedenartige Ideen und Rücksichten bei der legislativen Gestaltung eines Herrschaftsverhältnisses mitwirken können z. B. die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, die Sittlichkeit u. s. w., wird Niemand läugnen, aber juristisch gesprochen besteht dieser Einfluß nicht darin, daß sie in das Innere des Verhältnisses eine fremdartige Substanz brächten, den Inhalt desselben *qualitativ* zu etwas anderem machten als zur Willensmacht, sondern daß sie so zu sagen *von außen* gegen die Wände des Rechtsverhältnisses drücken und dadurch den Machtgehalt desselben beschränken, die Herrschaft mehr oder weniger comprimiren. Wie sehr immerhin die sittliche Auffassung eines und desselben Instituts zu verschiedenen Zeiten variirt, wie sehr diese Verschiedenheit in der rechtlichen Gestaltung des Instituts sich verwirklicht haben mag — vom juristischen Standpunkte aus dürfen wir dieser Thatsache keinen andern Ausdruck geben, als den der *Verschiedenheit des Machtgehalts des Instituts*. Die Unterschiede also z. B. zwischen der Vormundschaft, dem Verhältniß des Vaters zu den Kindern, des Mannes zur Frau u. s. w. im ältern römischen und heutigen Recht reduciren sich, wenn man sie juristisch bezeichnen will, auf eine quantitative Differenz in dem Machtgehalt jener Verhältnisse und die Begründung einer gegenüberstehenden Macht (des Mündels, Kindes, der Frau); es heißt wie ein Laie sprechen, wenn man sagt, daß jene Verhältnisse nicht mehr Gewaltverhältnisse seien, der nüchterne Gedanke der Macht hier vielmehr irgend einem edlern das Feld geräumt oder sich mit ihm zu irgend einem höhern, den Römern unbekannten verbunden habe.

Man lasse sich dadurch nicht täuschen, daß der Zweck des Verhältnisses nicht immer auf den eignen Nutzen des Berechtigten

gerichtet ist. Der Beamte hat seine Macht nicht seinetwegen, sondern im Interesse des Staats, aber wer würde ihm darum die Macht, soweit sie reicht, absprechen? Der altrömische Vormund sollte das Beste seines Mündels wahrnehmen, und es war dafür gesorgt, daß er es mußte (postulatio suspecti tutoris, actio rationibus distrahendis, Infamie[469]), trotzdem aber ward die Tutel als jus ac potestas in capite libero definirt. So mag also auch das heutige Recht dem Vater eine Gewalt über die Kinder nur im Interesse ihrer Erziehung anvertrauen und durch Veranstaltungen verschiedener Art dafür sorgen, daß er sie nur in diesem Sinne benutze; dadurch ist seine Gewalt allerdings im Vergleich zu der römischen patria potestas wesentlich beschränkt, allein gleichwohl läßt doch auch sie sich nicht anders definiren, als eine Macht, die sich so und so weit erstreckt, diesen und jenen Beschränkungen ausgesetzt ist u. s. w.

So viel zur Begründung meiner ersten Thesis. Was nun die zweite anbetrifft, so geht aus dem bisherigen hervor, daß die Ausdehnung, die das ältere Recht der subjectiven Macht eingeräumt hat, für die Hauptfrage selbst gleichgültig ist. Für die Charakteristik des ältern Rechts dagegen ist dies Moment allerdings ein höchst interessantes. Wenn wir den Gedanken der Macht als das eigentliche privatrechtliche Prinzip haben kennen lernen, so dürfen wir das ältere Recht den Triumph der abstracten Privatrechts-Idee nennen. Jener Gedanke hat sich hier einmal in seiner ganzen Einseitigkeit und Ungebundenheit versuchen, sich selbst von Seiten seiner praktischen Möglichkeit auf die Probe stellen wollen. Daß jener Versuch gelang, hatte in Voraussetzungen seinen Grund, die sich in Rom fanden, aber nicht überall wiederholen. Beides, diese Voraussetzungen wie die praktische Möglichkeit einer so excessiven Verfolgung der Macht, ist später hinweggefallen — es war das specifisch Römische, das

469) Die act. tutelae gehört erst dem spätern Recht an, wie an einer andern Stelle gezeigt werden soll.

der Zeit Angehörige, das mit der Zeit absterben konnte und mußte, ohne daß damit auch das dadurch gewonnene Resultat der Nachwelt verloren zu gehen brauchte. Wo ein bedeutungsvoller Gedanke entdeckt und zur praktischen Existenz und Herrschaft gebracht werden soll, bedarf es der Einseitigkeit und Schroffheit, der spätern Zeit bleibt es vorbehalten und fällt es nicht schwer, die Uebertreibung auf das rechte Maß zurückzuführen. Ob bei einem Volk, wo der Gedanke der Macht von vornherein in maßvoller, bescheidener Gestalt aufgetreten, je das ganze Privatrecht unter diesem Gesichtspunkt der Macht erfaßt worden wäre, läßt sich sehr bezweifeln; die Römer konnten sich dem gar nicht entziehen.

Schlagen wir das Verdienst dieser Leistung nicht zu gering an. Es kam nicht bloß auf das einmalige Finden an, sondern auf ein fortgesetztes Pflegen des Gefundenen. Das Leben ist den juristischen Abstractionen keineswegs günstig. Ist die juristische Auffassung nicht stets auf ihrer Hut, so kommt sie leicht in Gefahr, die Wirklichkeit und Sitte mit dem Recht zu verwechseln, wie es die vulgäre Auffassung thut. Die strenge Unterscheidung zwischen Sitte und Recht ist einer der besten Prüfsteine für die Selbständigkeit der juristischen Betrachtung, denn sie setzt eine unablässige Thätigkeit und Anspannung des Abstractionsvermögens, die geistige Emancipation von der äußern Erscheinung voraus. Wo dieser Unterschied scharf erfaßt und praktisch gehandhabt wird, wie im römischen Recht, ist die Bildung des Gewohnheitsrechts sehr erschwert; wo es nicht der Fall, im Halbdunkel zwischen Recht und Sitte, findet umgekehrt das Gewohnheitsrecht ein ungehindertes, üppiges Gedeihen.

Wir haben früher öfters Gelegenheit gehabt, auf die Differenz der abstracten Freiheitsformen und ihrer juristischen Auffassung auf der einen und ihrer realen Erscheinung und natürlich-sittlichen Auffassung im Leben auf der andern Seite aufmerksam zu machen. Verlegen wir nun, wie meiner Meinung nach gar nicht anders möglich ist, unser abstractes Freiheitssystem in den Anfang der römischen Rechtsgeschichte, so haben wir die frap-

pante Erscheinung, daß dasselbe viele Jahrhunderte lang im wesentlichen unverändert aufrecht erhalten worden ist, ungeachtet — und dies ist das Entscheidende — die Gestalt, die es in der Sitte an sich trug, eine so völlig abweichende war. Wie auch im Leben die verschiedenen Gewalten des öffentlichen und Privatrechts sich praktisch gestalteten, welche Bahnen sie inne zu halten pflegten und factisch innehalten *mußten*: die abstracte Auffassung erblickte darin nur etwas *Factisches*. — Zwischen dem abstracten Recht und dem thatsächlichen Leben, zwischen der abstract-rechtlichen und natürlich-sittlichen Auffassung eine ungeheure Kluft!

In unsrer deutschen Rechtsentwickelung ist der Uebergang des Thatsächlichen zum Rechtlichen ein sehr leichter gewesen; die Sitte, vom Recht wenig unterschieden, ward unvermerkt zum Recht. In Rom hingegen blieb die Sitte, mochte sie auch Jahrhunderte lang bestanden haben, darum doch, was sie war: bloße Sitte. Die Beschränkungen, die sie auferlegte und praktisch durchsetzte, die Gestalt, die sie den reinen Rechtsinstituten gab, die positiven Institute, die sie selbst hervorgebracht hatte — alles das waren Thatsachen, die jeder kannte und respectirte, denen man aber trotz alle dem eine *rechtliche* Bedeutung fortwährend versagte. So konnte denn der abstract-rechtliche Zuschnitt der Gewaltverhältnisse Jahrhunderte lang in seiner Ursprünglichkeit und begrifflichen Reinheit unverändert erhalten werden. Was auch das Leben aus ihnen machte, wie auch ihr praktisches Verhalten und die sittlichen und politischen Ideen, so wie die thatsächlichen Gewalten, die sie in diesem Verhalten bestimmten, wechseln mochten — der abstracte Begriff blieb, soweit nicht das Gesetz eine Aenderung traf, über allem Wechsel erhaben, immer derselbe. Für das Leben hatte diese starre Unveränderlichkeit des abstracten Rechts keinen Nachtheil, da einerseits die abstracten Formen weit genug waren, um allen Strömungen des Lebens freien Spielraum zu gewähren und andrerseits das Leben selbst einen hinlänglichen Reichthum an Kräften und Mitteln besaß, um das, was Noth that, auch ohne eine Aenderung des Rechts zu erzwingen.

Erst als diese Kräfte schwach wurden, ward dieser Zustand unhaltbar und das Recht gezwungen sich dem zu accommodiren.

Das ältere Recht hatte den Verkehr im wesentlichen sich selbst überlassen und zwar in dem Maße, daß es ihm nicht einmal mit sogenannten dispositiven (subsidiären, die Autonomie ergänzenden) Bestimmungen zu Hülfe kam. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das abgeschlossen ward, mußte mithin außer seinem materiellen Inhalt zugleich sämmtliche Normen aufstellen, nach denen es sich selber beurtheilt wissen wollte; die concrete lex contractus mußte die abstracte lex de contractibus ersetzen. Ein solcher Zustand ist überall der Bildung des dispositiven Rechts vorausgegangen, aber überall wiederholt sich auch bei ihm eine Einrichtung, welche bestimmt ist, ihn zu ermöglichen — der Gebrauch der Formulare (II. 604). In demselben Maße, in dem das dispositive Recht sich entwickelt, nimmt die Bedeutung der Formulare ab. In der gegenwärtigen Periode spielten sie in Rom eine große Rolle.

Für alle Arten von Geschäften gab es bestimmte, höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare (actiones, leges rerum vendendarum u. s. w.),[470] die durch die fortgesetzte Probe, welche sie im Leben zu bestehen hatten und ein stets wiederholtes Feilen und Nachbessern einen sehr hohen Grad der Brauchbarkeit erlangt hatten. Sowie irgend eine neue Art von Geschäften aufkam, ward für dieselbe ein Formular ausgearbeitet d. h. das Geschäft von vornherein in eine bestimmte geregelte Bahn gewiesen. Da die

---

470) Genannt werden insbesondere die Manilianae venalium vendendorum leges. Cic. de orat. 1, 58. Varro de re rust. 2, 5. Cato und Varro theilen an jeder Stelle ihrer Schrift de re rustica, wo sie irgend einen Contract z. B. den Verkauf von Sklaven, Vieh, der Weinärndte u. s. w., das Verdingen einer Arbeit u. a. erwähnen, die betreffenden Formulare mit. Die Hostilianae actiones, die ich früher ebenfalls hierher gerechnet hatte, enthielten keine „juristische, sondern oratorische Muster". Rudorff Römische R.-G. 1 §. 95 Note 9.

Benutzung des Formulars nichts Obligatorisches hatte, sondern ganz vom individuellen Ermessen abhing, da ferner die in demselben enthaltenen Stipulationen, mochten sie auch täglich wiederkehren, nur als subjectiver Willensinhalt in Betracht kamen, so konnte man das rechtliche Material, welches in diesen Formularen aufgeschichtet war, nicht als Bestandtheil des Rechts bezeichnen. Gleichwohl aber hatten sie für das Recht selber die höchste Bedeutung, sie waren die Vorläufer, Surrogate und Fundgruben des dispositiven Rechts. In ihnen war bereits die Aufgabe gelöst, mit der sich dieser Theil des Rechts zu beschäftigen hat: die Classification der Rechtsgeschäfte, insbesondere die Scheidung der verschiedenen Verträge, die Erfindung und richtige Formulirung naturgemäßer Rechtsregeln für die einzelnen Arten derselben. Als in späterer Zeit die Wissenschaft und Legislation (namentlich das prätorische Recht) sich der Ausbildung des dispositiven Rechts zuwandten, fanden sie in jenen Sammlungen ein reiches Material, von dem sie Vieles unverändert aufnehmen konnten, und wir sind zu der Annahme befugt, daß sie diese Quelle in reichem Maße benutzt haben. Die meisten zu dieser Klasse gehörigen Rechtssätze werden aus den Formularsammlungen hinübergenommen sein — ein Gesichtspunkt, der sich bereits für manche Fragen (z. B. für den Pfandvertrag) als fruchtbar bewährt hat und für manche andere noch eine Ausbeute in Aussicht stellt.

Der Sache nach also waren die Elemente jenes Rechtstheils durch die Autonomie des Verkehrs bereits zu Tage gefördert. Es war dies dieselbe Bildung des Abstracten aus dem Concreten heraus, für die uns in der dritten Periode die Entwicklungsgeschichte des prätorischen Rechts ein so interessantes Beispiel liefern wird. Aus den Atomen der einzelnen, concreten Rechtsgeschäfte, die sich im wesentlichen stets in derselben Form und mit demselben Inhalt wiederholten, bildete sich ein abstracter Niederschlag — der Begriff des bestimmten Rechtsgeschäfts — ein Vorgang, den die Sprache durch Bezeichnung desselben mit einem bestimmten

Namen zu markiren pflegte. Das Material, das auf diese Weise gewonnen ward, hatte aber, wie gesagt, in der gegenwärtigen Periode noch keine formell rechtliche Bedeutung, es war nichts als eine Anweisung zum rechten Gebrauch der Autonomie vermittelst Darlegung der Zwecke und Wege, die der Verkehr verfolgte, nebst Angabe der Form, deren er sich dabei zu bedienen pflegte. Vom formellen Rechtsstandpunkt aus war dies „Pflegen" des Verkehrs nicht minder bedeutungslos, wie das der Sitte, d. h. es kam keiner von den vorräthigen Sätzen ohne ausdrückliche Aufnahme desselben in das einzelne Rechtsgeschäft zur Anwendung, während ja das Wesen des dispositiven Rechts darin besteht, daß die Bestimmungen desselben eine von der Autonomie der Privaten gelassene Lücke ergänzen sollen. Nur in Einem Punkt mag die Thätigkeit der Autonomie bereits in der gegenwärtigen Periode Niederschläge objectiv-rechtlicher Art geliefert haben. Die Wahl der Ausdrücke, in denen man die wesentlichen Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts treffen wollte, war ursprünglich gewiß völlig frei, es begreift sich aber, daß der Verkehr die treffendsten und unzweideutigsten heraussuchte, und daß für manche Geschäfte gewisse Schlagwörter in Gebrauch kamen so z. B. bei der Ertheilung der tutoris auctoritas, der Antretung der Erbschaft, der sponsio, vor allem aber bei Anordnung letztwilliger Verfügungen. Wir wissen nun aus Mittheilungen späterer Juristen, daß der Gebrauch dieser Schlagwörter zu ihrer Zeit obligatorischer Art war, so daß also die unterlassene Benutzung derselben Nichtigkeit des Geschäfts begründete. An eine Aufstellung dieses Requisits durch Gesetz wird Niemand denken; es war also ein Werk des Verkehrs, und wir dürfen diesen Vorgang unbedenklich in die ältere Zeit verlegen und ihn uns in folgender Weise erklären. Eine an den Worten klebende, ängstliche Interpretation mochte die auf Abschließung eines bestimmten Geschäfts gerichtete Absicht in Zweifel ziehen, wenn sie die Ausdrücke vermißte, deren man sich regelmäßig beim Geschäft bediente; das bestimmte Wort galt ihr als Merkmal des bestimmten Willens. Hieraus ergab sich

dann für den Verkehr die praktische Nothwendigkeit einer Benutzung des Worts; dem Erfolg nach hatte also die Interpretation damit eine wirkliche Rechtsnorm durchgesetzt.

Der Gesichtspunkt, von dem aus wir im Bisherigen die Bedeutung unseres Systems zu bestimmen versucht haben, war der abstract-juristische, und nach dieser Seite hin haben wir unserem System eine unvergängliche und universalhistorische Bedeutung vindiciren müssen. Es bleibt uns jedoch noch übrig, dasselbe von Seiten seines natürlich-sittlichen Zusammenhanges mit der römischen Welt ins Auge zu fassen. Ich will in dieser Beziehung zuerst des Einflusses unseres Systems auf das römische Volk gedenken. Der Quellpunkt unseres ganzen Systems war die Idee der Persönlichkeit, das Endziel desselben: der Persönlichkeit in allen Verhältnissen des privaten wie des öffentlichen Lebens die rechtliche Möglichkeit einer freien Entfaltung ihrer selbst und aller ihrer Kräfte zu gewähren. Das ganze Recht war ein praktischer Hymnus auf den Werth und den Beruf der Persönlichkeit, die Moral desselben: Entwicklung und Bethätigung der Persönlichkeit. Dem Römer ward durch sein Recht von früh auf die Lehre gepredigt, daß der Mann dazu da ist sich selbst seine Welt zu gründen, selbst für sich einzustehen, selbst die Entscheidung zu treffen, daß jeder der Schmied seines Glücks ist.

Für einen schwachen Charakter war die römische Welt nicht gemacht. Wer sich hier mit Erfolg bewegen wollte, dem durfte das Eisen im Charakter und die Selbständigkeit in der Ansicht nicht fehlen. So nicht bloß hinsichtlich der Verhältnisse des öffentlichen, sondern ebensowohl hinsichtlich der des Privatrechts. Uns heutzutage beschirmt und beschützt das Recht von der Geburt an bis zum Tode; es verschafft uns das Vermögen der Eltern, indem es sie zwingt uns dasselbe zu hinterlassen, es bewahrt uns dasselbe wider unsern Willen bis zur erreichten Volljährigkeit, es gewährt uns Hülfe, wenn wir uns haben betrügen oder zwingen lassen,

und macht es uns möglich unsere eignen wie fremde Handlungen, die uns nachtheilig geworden sind, anzufechten, Versehen, Versäumnisse ungeschehen zu machen. Von alle dem ist im ältern römischen Recht keine Spur. Wer sich hat zwingen lassen, trägt selbst die Schuld — der Mann läßt sich nicht zwingen; etiamsi coactus, attamen voluit.[471]) Wer betrogen ist, gleichfalls; denn der Mann, wie ihn das Recht will und im Auge hat, sieht sich vor; ihn betrügt man nicht. Ebenso begeht er keine Versäumnisse und ficht seine eignen Handlungen nicht an und darum auch keine fremden: jus civile vigilantibus scriptum est.[472]) Mit der Pubertät wird Jeder Herr seines eignen Vermögens, die Schutzanstalten der Cura und restitutio in integrum sind dem alten Recht unbekannt, die lex Plaetoria gehört frühstens dem Ende des fünften Jahrhunderts an. Das heißt aber nichts anderes als die spätern Römer wurden später selbständig als die früheren — eine Erscheinung, die nichts auffälliges hat, denn die Cultur und Civilisation verzögert den Eintritt der Reife des Charakters. Wer mannbar geworden, hatte in alter Zeit auch die nöthige Selbständigkeit, um ins praktische Leben zu treten; hätte er sie nicht gehabt, so würde das alte Recht ihn anders behandelt haben.

Daß nun ein Recht, welches überall eine männliche Selbständigkeit voraussetzt, gerade dadurch diese Eigenschaft im Volk unterhält und erzeugt, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Wenn die Geschichte Roms eine so beneidenswerthe Menge hervorragender Persönlichkeiten und grandioser Charaktere aufzuweisen hat, so werden wir den letzten Grund davon allerdings nicht in irgendwelchen Einrichtungen, die ja ihrerseits nichts als Producte des Volksgeistes sind, sondern in dem römischen Volk selbst zu suchen haben. Aber den Einfluß der äußeren Einrichtungen auf die Befestigung der nationalen Sinnesweise, die Ausbildung und Steigerung der angebornen Anlage werden wir darum nicht

471) L. 21 §. 5 quod met. (4. 2.)
472) L. 24 quae in fr. cred. (42. 8.)

minder zugestehen müssen. Hätte die römische Kraft, Selbständigkeit, Charakterfestigkeit sich nicht durch persönlichen Contact von einer Generation auf die andere vererbt, hätten diese Eigenschaften mit irgendeiner Generation untergehen können — ich glaube, sie hätten zum großen Theil aus dem Recht, aus dem Vorrath gebundener römischer Kraft, der in ihm steckte, sich wieder neu erzeugen können. Einen Nichtrömer, der in dies Recht hineintrat, mußte es anwehen mit frischem, stärkendem Hauch. Die Luft, die in diesem Recht herrschte, war gesättigt mit römischer Stärke; wer sie dauernd einathmete, auf den ging unvermerkt etwas von einem Römer über — sie steckte an. Den Verfall der römischen Kraft vermochte freilich das Recht nicht abzuwenden, weil überhaupt keine Einrichtung den Geist, aus dem sie hervorgegangen ist, dauernd bannen kann. Aber nichts desto weniger bleibt es wahr, daß das Recht, indem es die genannten Eigenschaften zu Postulaten des praktischen Lebens erhob, der Fortdauer derselben wesentlichen Vorschub geleistet hat.

Noch eine andere römische Eigenschaft ist es, die aus unserem Freiheitssystem ihre Hauptnahrung zog und sich täglich an ihm verjüngte, ich meine den römischen Stolz und das Gefühl der Würde eines römischen Bürgers. Wenn der Römer mit Stolz auf andere Völker sah, so stützte sich dieser Stolz nicht bloß auf das Gefühl der Ueberlegenheit römischer Kraft und das Uebergewicht des römischen Staats nach außen hin, sondern ebenso sehr auf die rechtliche Stellung des römischen Bürgers im Innern; nicht minder auf den Klang und die Wirkung, welche die Worte: civis Romanus sum daheim, als die sie im Auslande hatten. Ein angesehener Römer durfte sich mächtiger und fester in dem Besitz seiner Macht dünken als mancher König der damaligen Zeit, und selbst dem Geringsten gewährte die Verfassung einen gewissen Antheil am Weltregiment. Aber höher als alle politische Macht und Berechtigung stand doch die rechtliche Sicherheit und Unverletzbarkeit der Person, die Herrschaft über das Haus und die Unantastbarkeit der erworbenen Rechte. Daß die

Würde und das Recht der Persönlichkeit in Rom in einer Weise praktisch anerkannt und geschützt waren wie sonst nirgends, daß die Basis der ganzen persönlichen Existenz das Recht eine felsenfeste war, und jeder Römer sich innerhalb des Fleckes Erde, der ihm hier beschieden, absolut sicher und als unumschränkter Gebieter betrachten durfte — das, meine ich, war das Werthvollste und Schönste, dessen ein Römer sich rühmen konnte.

Der Stolz, den die Freiheit verleiht, ist ein durchaus berechtigter, denn er ist nicht ein Stolz auf den bloßen Besitz oder Genuß derselben, sondern auf das eigne Verdienst. Die Freiheit ist bekanntlich kein Geschenk der Götter, sondern ein Gut, das jedes Volk sich selbst verdankt und das nur bei dem erforderlichen Maß moralischer Kraft und Würdigkeit gedeiht. Mit der bloßen Liebe zur Freiheit ist es nicht gethan; selbst wenn diese Liebe, wie es nicht anders sein kann, eine werkthätige und opferfähige ist, so gesellt sich noch ein anderes wesentliches Requisit hinzu — die Kunst, die Freiheit zu gebrauchen, und diese Kunst ist eine sehr schwere. Denn das erste Gebot derselben ist Mäßigung. Kein Gut reizt so sehr zur Unmäßigkeit und geht so leicht und so unausbleiblich dadurch verloren als gerade das höchste, die Freiheit. Der Begriff der politischen Reife und Unreife der Völker ist unserer heutigen Zeit sehr geläufig, aber man setzt denselben viel zu sehr in die intellectuelle Bildungsstufe der Völker und viel zu wenig in die moralische Qualification derselben. Handelte es sich bloß um ein intellectuelles Verständniß der Freiheit, so müßten die gebildetsten Völker die höchste Reife zur Freiheit besitzen, während umgekehrt das Steigen der Cultur und Civilisation nicht selten mit der Abnahme jener Reife verbunden ist, wie Rom selbst uns dies an einem lehrreichen Beispiel veranschaulicht.

Diese moralische Qualification des ältern römischen Volks zur Freiheit kann ich nicht genug betonen. Unser ganzes System stand und fiel mit ihr:

Moribus antiquis stat res Romana virisque.

Der Verfall der römischen Sittlichkeit war zugleich der Verfall der römischen Freiheit. Die praktische Möglichkeit aller Freiheitsverhältnisse sowohl des öffentlichen als des Privatrechts war bedingt dadurch, daß der rechte Geist sie beseelte; sowie dieser Geist wich, sowie die Willkühr, Laune, Zuchtlosigkeit sich ihrer bemächtigte, hatten sie ihren Sinn und ihre Berechtigung verloren, an die Stelle des freien Geistes, der sich nicht beschwören ließ, trat überall das Gesetz und die Beschränkung. Darum darf, wer ein Urtheil über das Freiheitssystem der alten Zeit fällen, wer den Sinn und Zweck der Institute desselben begreifen will, keinen Augenblick die alte Sittlichkeit und die ganze Zeit außer Augen lassen. Die alte *Sitte* ist der unentbehrliche Schlüssel zum Verständniß des alten *Rechts*; zeigt uns letzteres die abstracte Freiheit, so erstere die *Selbstbeschränkung der Freiheit*, diese Selbstbeschränkung aber war eine stillschweigende Voraussetzung des ganzen Rechts. Wenn einst Tacitus es an den alten Germanen pries, daß die Sitte bei ihnen mehr vermöchte als anderwärts die Gesetze, so dürfen wir dasselbe Lob auch für die alten Römer in Anspruch nehmen — weil sie sich selbst ein Gesetz waren, konnten sie in so vielen Punkten der Gesetze entbehren. Das ältere Recht hat die Anlegung des sittlichen Maßstabes nicht zu scheuen; nur vergesse man dabei nicht, daß die alte Freiheit, durch und durch bedingt und moderirt wie sie war durch die thatsächlichen Voraussetzungen, die sie in Rom vorfand, nur aus dem Leben heraus verstanden werden kann. Wer diesen Gesichtspunkt festhält, der wird nicht umsonst nach dem „sittlichen Geist" der altrömischen Einrichtungen suchen, während dieser Geist allerdings demjenigen, der ohne eine Anschauung römischen Lebens, römischer Denkart und Sinnesweise sich an die Aufgabe gewagt hat, niemals erscheinen wird.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K
J5973
G3
1866
v.2
pt. 1

Jhering, Rudolf von
Geist des römischen Rechts
auf den verschiedenen Stufen
seiner Entwicklung